



This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

### Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

- + *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
- + *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
- + *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
- + *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

### About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at <http://books.google.com/>



## Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

## Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

- + *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.
- + *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.
- + *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.
- + *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

## Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter <http://books.google.com> durchsuchen.

HARVARD LAW LIBRARY



3 2044 097 742 654



HARVARD LAW LIBRARY

Received

Oct 25. 1921

Germany



ÜBER DAS  
**LEGE AGERE PRO TUTELA.**

---

RECHTSGESCHICHTLICHE UNTERSUCHUNG

VON

**DR. ERNST HRUZA,**

Professor des römischen Rechtes in Czernowitz.

---

ERLANGEN.

VERLAG VON ANDREAS DEICHERT.

1887.





x

c

ÜBER DAS

LEGE AGERE PRO TUTELA.

" " " "

---

RECHTSGESCHICHTLICHE UNTERSUCHUNG

VON

DR. ERNST HRUZA,  
Professor des römischen Rechtes in Czernowitz.

---

ERLANGEN.  
VERLAG VON ANDREAS DEICHERT.  
1887.

+

Rein  
9/11  
H. H.

OCT 25 1921

Druck von Junge & Sohn in Erlangen.

# I n h a l t.

---

	Seite
§. 1. Einleitung . . . . .	1
Anhang. Agere alieno nomine und agere pro alio . .	15
§. 2. L. 20 pr. D 49. 1 de appell. und die griechische Institutionenparafrase zu pr. J 4. 10 . . . . .	21
§. 3. Die herrschende Lehre — Die Bedürfnisfrage . . . .	31
§. 4. Sprachliches; insbesondere Gellius noctes atticae V, 13, §. 5 . . . . .	43
§. 5. Rückschlüsse aus dem Klagrechte des Tutors im Formularprozesse . . . . .	46
§. 6. Die Rolle des Tutors im Inofficiositätsprozesse des Pupillen . . . . .	53
§. 7. Die postulatio suspecti tutoris . . . . .	67

---



## §. 1.

### Einleitung.

Von Gaius und den Institutionen wird es als ein Vorzug des Formularverfahrens bezeichnet, dass bei demselben ein *agere alieno nomine* stattfinden konnte, während es im Legisaktionsprozesse nur ausnahmsweise zulässig war. Ausserdem bestätigt Ulpian ausdrücklich, dass ein *lege agere alieno nomine* unzulässig sei.

Die Stellen lauten:

Gaius IV §. 82: *Nunc admonendi sumus agere nos aut nostro nomine aut alieno, veluti cognitorio, procuratorio, tutorio, curatorio, cum olim, quo tempore legis actiones in usu fuissent, alieno nomine agere non liceret praeterquam ex certis causis.*

pr. J. 4. 10 de his per quos: *Nunc admonendi sumus agere posse quemlibet aut suo nomine aut alieno. alieno veluti procuratorio, tutorio, curatorio, cum olim in usu fuisset alterius nomine agere non posse nisi pro populo, pro libertate, pro tutela. Praeterea lege Hostilia permissum est furti agere eorum nomine, qui apud hostes essent aut rei publicae causa abessent quive in eorum cuius tutela essent. Et rel.*

Ulpianus libro XIV ad edictum (l. 123 pr. D. 50. 17 de reg. iur.): *Nemo alieno nomine lege agere potest*<sup>1)</sup>.

Das Prozessiren als Cognitor, Prokurator, Tutor, Kurator auf Grund fremder Rechtsbeziehungen war nach diesen

---

1) Dass dieser Grundsatz auch für die *legis actiones* der freiwilligen Gerichtsbarkeit Geltung hatte, ist vielfach bezeugt. (Vgl. Keller, der römische Civilprozess §. 24). Doch liegt dies abseits von unserer Aufgabe.

Hruza, h. a. pro tut.

Stellen ausser in gewissen Fällen bei *legis actiones* unzulässig. Eine der in den Institutionen genannten Ausnahmen das *lege agere pro tutela*, bildet den Gegenstand der vorliegenden Schrift. Zunächst sind die Bedeutung und praktische Tragweite der Regel und der Charakter der Ausnahmen zu betrachten, um den Rahmen festzustellen, innerhalb dessen sich die Lösung der zu erörternden Frage zu bewegen hat.

Der Civilprozess der klassischen Zeit kennt eine zweifache Form der Intervention in fremden Prozessen. Man kann den fremden Prozess auf sich nehmen und Prozesssubjekt *alieno nomine* (als Cognitor oder Prokurator) werden. Man kann aber auch bloss als Anwalt (*patronus* oder *advocatus*) der Prozesspartei beistehen. Im teilweisen Gegensatz dazu heisst die *legis actio* ein Doppeltes: erstens, dass die Partei sie nur zur Geltendmachung ihrer eigenen Rechtsverhältnisse verwende, und zweitens, dass die Partei sie persönlich vornehme. Mit anderen Worten: die *legis actiones* gestatten nicht bloss cognitorisches oder prokuratorisches Auftreten der Prozesspartei nicht, sondern schliessen auch die Vornahme von Prozessakten durch einen Anwalt der Prozesspartei aus. Man darf also weder *alieno nomine* noch *pro alio lege agere*<sup>2)</sup>. Im Folgenden sind der Umfang dieser beiden Beschränkungen und ihre Einwirkung auf den Rechtsschutz festzustellen.

Dass mittels *legis actio* nur ein eigenes Rechtsverhältnis der prozessirenden Person geltend gemacht werden konnte, beruht wol auf den Zwölf Tafeln; es war in denselben gegeben, schwerlich direkt ausgesprochen<sup>3)</sup>. Der Grund, warum die Zwölf Tafeln die Möglichkeit des *lege agere* auf Grund fremder Rechtsbeziehungen nicht statuirten, mag darin zu suchen sein, dass das Bedürfnis keineswegs zur Zeit der *decemviri* stark genug war, um den Bruch mit der auch

2) S. den Anhang zu diesem §.

3) A. M., allerdings ohne zureichenden Grund, Mommsen, röm. Staatsrecht I S. 180 N. 1.

sonst, wo nach Civilrecht Vertretung unzulässig befunden wurde, durchleuchtenden nationalen Anschauung zu erzwingen. Auch die postdecemvirale Rechtsbildung, welche auf anderen Gebieten so schöpferisch tätig war, rüttelte kaum an diesem Satze. Eine Reform konnte allerdings nur durch einen Akt der Gesetzgebung bewirkt werden, der interpretatio iuris civilis waren die starren Formen des Verfahrens, insbesondere die dem Gesetze selbst entnommenen <sup>4)</sup> Spruchformeln mit ihrer Steife und Unabänderlichkeit ein unüberwindliches Hindernis. Kein Römer der alten Zeit hätte — ohne durch ein Gesetz dazu ermächtigt zu sein —, dem L. Titius, der da in Bezug auf die Forderung des P. Mevius behauptet hätte: Aio te *mihi* dare oportere die Schuldsumme zugesprochen. Auch in der Weise konnte man nicht zum Ziele gelangen, dass der Kläger behauptete: aio te P. Mevio dare oportere <sup>5)</sup>; ein Urteil über solche Prozessbehauptung hätte dem Kläger nichts genützt, da der Geklagte nicht zu einer Leistung an ihn, dem Gläubiger nichts, da der Geklagte nicht ihm kondemnirt war; keiner von Beiden hatte die manus iniectio. <sup>6)</sup> In der Zeit aber, in der

---

4) Gaius IV §. 11, I. 2 §. 6 D. 1, 2 de o. i.

5) Eine indirekte Bestätigung findet dies durch den Umstand, dass nach Gaius II §. 96 (vgl. fragm. vat. §. 51) dem filius familias nicht in iure cedirt werden kann, da er *nihil suum esse in iure vindicare potest*. Er konnte also in iure nicht behaupten: hanc rem meam esse aio; da ihm aber schlechthin nicht in iure cedirt werden kann, so kann dies seinen Grund nur darin haben, dass er auch nicht behaupten konnte: hanc rem mei patris esse aio.

6) S. die Spruchformeln der legis actio per manus iniectionem bei Gaius IV §. 21 §. 24. — Der Widerstand, den die Starrheit der Formulare der Verwirklichung der Vertretung entgegensetzte, wird vielfach unterschätzt. S. etwa Schultze Privatrecht und Prozess S. 507. Dass dieser Widerstand aber ausreichte, um die Statuirung der Vertretung trotz vorhandenen Bedürfnisses (§. 3 unten) zu verhindern, ist immerhin durch die am Eingange dieses §. abgedruckten Stellen erwiesen, denn ein anderer Grund lässt sich nicht namhaft machen. — Vielleicht wirkte aber auch mit, dass man es als unangemessen ansah, dass der Bürger seine Geschäfte

das Vorkehrsbedürfnis die Ermöglichung des *agere alieno nomine* gebieterisch verlangte und gewiss auf diesem oder jenem Wege erzwungen hätte, war die *legis actio* bereit auf ein enges Gebiet beschränkt. Auf diesem Gebiete erhielt sich aber die Regel bis in die klassische Zeit, wie Ulpian's Worte dartun.

Bezüglich des Umfanges, in dem das *alieno nomine agere* unstatthaft war, ist Folgendes hervorzuheben. Die Worte Ulpian's weisen nur darauf hin, dass die *legis actiones* selbst d. h. die sollennen mündlichen Parteihandlungen in *iure* nicht *alieno nomine* vorgenommen werden konnten, aber Gaius und die Institutionen geben dem Gegensatz zwischen Legisaktions- und Formularprozess in unserm Punkte einen andern Inhalt. Im Legisaktionsprozesse konnte man nicht, wie beim *agere per concepta verba*, auf Grund fremder Rechtsbeziehungen Prozesssubjekt<sup>7)</sup> werden, denn darüber, wer Prozesssubjekt ist, entscheidet die *litis contestatio*; diejenigen Personen, zwischen denen sie vollzogen wurde, sind die Prozessparteien in *iure* gewesen und werden es in *iudicio* sein. So nun aber die *litis contestatio* zur *legis actio* gehört, ihren Abschluss bildet,<sup>8)</sup> und sonach ein Vorgehen *alieno nomine* nicht gestattet, konnte durch sie nur das Rechtssubjekt zum Prozesssubjekt werden. Die *litis contestatio* gibt dem *iudicium* Ziel und Inhalt, wer sie vollzogen hat, ist Kläger oder Beklagter in demselben, für ihn oder gegen ihn erfolgt das Urteil. Im Formularprozesse ist der *cognitor* auch Prozesssubjekt in *iure* und in *iudicio* und gerade dies negiren Gaius und die Institutionen für

beim Magistrat nicht persönlich besorge. Solches ist wenigstens für die Fassion vor dem Censor bezeugt. Hartmann-Ubbelohde die römische Gerichtsverfassung S. 186 N. 11, Mommsen a. a. O. II S. 337 fg.

7) Vgl.: *agere nos posse, agere quemlibet posse* (Gaius und J. l. c.)

8) Bethmann-Hollweg, der römische Civilprozess I S. 177, II S. 481; Rudorff römische Rechtsgeschichte II §. 72 a. A.; Festus ep. vb. *contestari litem*: . . . *utraque pars dicere solet testes estote.*



den Legisaktionsprozess.<sup>9)</sup> In demselben kann die Intervention eines Dritten für einen der Litiganten nur den Charakter der Anwaltschaft, nicht aber der cognitorischer oder prokuratorischer Vertretung haben. Eine andere Stellung kann auch dem von Eisele behaupteten cognitor in iudicio nicht eingeräumt werden.<sup>9 a)</sup>

Es ist unverkennbar, dass diese Einrichtung der Rechtsverfolgung vielfache Hemmnisse bereite; zur vollen Wütdigung der Tragweite der Sollennität der legis actio ist aber noch ein Blick auf die Möglichkeit der Vertretung durch Rechtsanwälte zu werfen.

Die legis actiones müssen in iure notwendig von den Parteien selbst vorgenommen werden,<sup>10)</sup> während das postulare im Formularprozesse auch durch Andere vollzogen werden konnte, allerdings aber wahrscheinlich immer die Gegenwart der Partei voraussetzte.<sup>11)</sup> In iudicio hingegen kann der Anwalt auch in Abwesenheit der Partei verhandeln und zwar sowol im Legisaktions- als im Formularprozesse.

Obwol über die Form der Bestellung des Anwaltes in den Quellen nichts überliefert ist, steht doch fest, dass im

---

9) Das ist herrschende Lehre; dass dieselbe durch die Ausführung von Eisele Cognitor und Prokurator §. 2 nicht erschüttert ist, darüber s. Rümelin, Zur Geschichte der Stellvertretung im römischen Civilprozesse S. 79 fg.

9 a) Vgl. über diese Frage die Zusammenstellung bei Rümelin a. a. O. Wenn Eisele a. a. O. S. 40 den cognitor in iudicio als direkten Vertreter der Partei bezeichnet, so macht er ihn geradezu zum Patronus, der in Abwesenheit der Partei Prozess führt. S. auch Lenel in der Zeitschrift der Savignystiftung für Rechtsgesch. Rom. Abt. IV S. 151.

10) Dies ist nirgends bezeugt, aber trotzdem doch unabweislich. S. etwa Plautus, Men. IV, 2, 19 fg.

11) Keller C. Pr. §. 55 a. E. — Leider entbehrt die Geschichte der römischen Anwaltschaft noch immer einer dem heutigen Stande der Quellen entsprechenden monografischen Darstellung. Vgl. aber zum folgenden Heffter Instit. des röm. und heut. C. Pr. S. 111 fg.

Formularprozesse auch in Abwesenheit der Partei eine zu Vertretung befugte Person in iudicio mit voller Wirkung interveniren kann. Dies ist insbesondere für den Vertreter des Geklagten bezeugt in

L. 30 §. 2 D. 3. 5 de neg. g. (Papinianus) *Litem iudicium deductam et a reo desertam frustratoris amicus ultro egit, causas absentiae eius adlegans iudici: culpam contraxisse non videtur, quod sententia contra absentem dicta ipse non provocavit. Ulpianus notat: hoc verum est, quia frustrator condemnatus est: ceterum si amicus, cum absentem defenderet condemnatus, negotiorum gestorum ager, poterit ei imputari, si cum posset non appellasset.* Ebenso in

L. 55 pr. D. 21. 2 de evict. (Ulpianus) *Si ideo contra emptorem iudicatum est, quod defuit, non committitur stipulatio: magis enim propter absentiam victus videtur quam quod malam causam habuit. quid ergo, si ille quidem contra quem iudicatum est ad iudicium non adfuit, alius autem adfuit et causam egit: quid dicemus? ut puta acceptum quidem cum pupillo tutore auctore fuit iudicium, sed absente pupillo tutor causam egit et iudicatum est contra tutorem: quare non dicemus committi stipulationem? etenim actam esse causam palam est. et satis est ab eo cui ius agendi fuit causam esse actam.*<sup>12)</sup>

Keller<sup>13)</sup> denkt bei beiden in den vorstehenden Stellen behandelten Fällen an eine translatio iudicii, doch scheint

12) Ebenso l. 3 §. 10, l. 4, l. 5 D. 46, 7 iud. s. Vgl. auch Plinius ep. I, 18, §. 1 §. 6; IV, 17, §. 1 §. 11. — Nicht entgegen stehen l. 1, C. 2, 9 de err. und l. 4 C. 2, 12 de proc.; denn in der ersten Stelle sagt Kaiser Alexander Severus, dass das vom Anwalt in Gegenwart der Partei vorgebrachte als von dieser vorgebracht gilt, schliesst aber nicht aus, dass der Anwalt auch allein auftrete (vgl. l. 3 C. eod.); nach der zweiten soll die Intervention einer Frau in Abwesenheit der Partei der Letzteren die neuerliche Prozessführung nicht entziehen, da die Frau nur in rem suam prozessiren dürfe; gewiss wäre anders entschieden worden, wenn eine zur Postulation befähigte und in concreto berechnigte Person intervenirt hätte.

13) C. Pr. (6. Aufl.) S. 350, dgg. Bethmann-Hollweg C. Pr. II S. 605.

### Einleitung.

mir durch den Wortlaut dieser Fragmente die Annahme einer solchen ausgeschlossen zu sein. In l. 30 §. 2 cit. werden zwei Fälle unterschieden. Entweder wird der frustrator (die Prozesspartei) oder der amicus (Anwalt) kondemnirt: nur in letzterem Falle lässt sich an eine *translatio iudicii*, etwa wie sie in l. 42 §. 7 D. 3. 3 de proc. et def. erfolgt, denken, in dem anderen Falle bleibt die Partei Prozesssubjekt. Dass Papinian mitteilt, der amicus habe die Abwesenheit der Partei vor dem Richter entschuldigt, beweist nicht, dass sich seine Tätigkeit darauf beschränkte; er exkusierte die Partei, weil er kein bestellter Anwalt ist, im übrigen heisst es von ihm: *litem ultro egit* d. h. er führte den Prozess in merito weiter. Noch deutlicher spricht l. 55 pr. cit. besonders im Schlusssatz. Zur Wirksamkeit des Urteils (auch gegen Dritte) reicht es aus, dass in iudicio den Prozess führt, wer das *ius agendi* hat. Wie es nun dem Tutor kraft seiner Defensionspflicht zusteht, so hat es auch und zwar selbst in Abwesenheit der Partei der von ihr bestellte patronus. — Dass ein solcher auch statt des Klägers in iudicio erscheinen und den Prozess zu Ende führen konnte, lässt sich aus den Quellen allerdings nicht belegen, ist aber um nichts minder wahrscheinlich und mit den Quellen vereinbar.

Weit schwieriger stellt sich die Sache für den Legisaktionsprozess, da unsere Nachrichten über denselben weit spärlicher sind. Aber auch hier lassen sich Indizien nachweisen, welche die Sache selbst nahelegen.

Schon vor der *lex Acilia repetundarum* kam es vor, dass peregrinen Klägern in Repetundenprozessen *patroni* bestellt wurden.<sup>14)</sup> Durch die *lex Acilia*<sup>15)</sup> ist aber dem Praetor geradezu aufgetragen worden im Bedarfsfalle den An-

14) S. Zumpt, der Criminalprozess der römischen Republik S. 86. So stand es auch bei den Senatsverhandlungen in Strafsachen in späterer Zeit: es wurden den Provinzialen Anwälte bestellt. So Plinius ep. II, 11, VI, 29 und öfter.

15) *Lex Acilia* 9, 10 (Bruns fontes S. 58, ed. V).

klägern patroni zu bestellen. Diese patroni sind Anwälte, welche Peregrinen, Bundesgenossen und Fremde zu vertreten haben. Die Ankläger waren, trotzdem sie Prozesspartei waren, nicht gegenwärtig, sondern der Patron führte anwalt allein ihre Sache. Gewiss war also eine öffentliche Verhandlung in iudicio bei alleiniger Gegenwart des Patronus möglich.

Plinius der Jüngere beschreibt in seinen Briefen wiederholt Sitzungen des Centumviralgerichtshofes. Besonders in V, 9. Dort wird von der Absage einer Verhandlung durch den Prätor berichtet, die erfolgte, nachdem bereits geraume Zeit alles bereit war. Es werden als anwesend genannt die centumviri, decemviri und advocati. Von den Parteien spricht Plinius hier ebensowenig als in VI, 33. Es darf wohl behauptet werden, dass Plinius von dem Verhalten der Parteien, insbesondere in letzterem Briefe, gesprochen hätte, wenn dieselben anwesend gewesen wären. Es scheint also die Abhaltung der Centumviralverhandlung — und sie gehörte zum System der Legisaktionen —, <sup>17)</sup> möglich gewesen zu sein, wenn die Partei abwesend und nur durch einen Anwalt vertreten war und zwar mit voller Wirkung möglich.

Dazu kommt, dass die Sitte, sich eines orator (patronus) zu bedienen, in Rom eine uralte war; konnte der orator alles Erforderliche in iudicio selbst vorbringen, wozu Gewicht auf die Anwesenheit der Partei legen? <sup>18)</sup>

---

16) S. Zumpt a. a. O. S. 87; Rudorff, ad legem Aciliam in den Abhdlgen der Berliner Akademie 1861 S. 440. A. M. Klenze, fragmenta legis Serviliae S. XII.

17) Gaius IV §. 31 §. 95.

18) Dass schon in ältester Zeit die Bestellung eines in iudicio allein handelnden orator unbeschränkt zulässig war, möchte ich nicht behaupten. Ob nicht die vielcitirte Stelle des auctor ad Herennium II, 13 §. 20: *ut maior annis LX et cui morbus causa est, cognitorem det* — sich auf eine solche Bestellung bezieht? S. oben Note 9 a.

Verhält sich nun die Sache so, wie im Vorstehenden als möglich bezeichnet wurde, dann war nur derjenige rechtlich schutzlos, der die solennen *legis actiones in iure* aus physischen oder rechtlichen Gründen (*absentia*, *infantia*) nicht vornehmen konnte, denn für das *iudicium* konnte es ihm an einem Anwalte nicht fehlen.

Trat zu der Unmöglichkeit, die *legis actiones* vorzunehmen, ein öffentliches Interesse an der Realität des Rechtsschutzes, musste wol die Gesetzgebung Mittel und Wege finden, die richterliche Kognition herbeizuführen. In der Tat treffen auch in einzelnen Fällen, in denen nach den Institutionen Ausnahmen<sup>19)</sup> von der Unmöglichkeit des *alieno nomine lege agere* statuiert waren, beide Kriterien zu. Die Ausnahmen gehen auf das *agere pro populo*, *pro libertate*, *pro tutela* und *ex lege Hostilia*.

Am unzweideutigsten zeigt sich dies bei der *causa liberalis*, dem Freiheitsprozeß, der nach allgemeiner Meinung dem *lege agere pro libertate* unterfällt. Derjenige, um dessen Status es sich handelt, kann selbst nicht Partei sein, da man nicht zugleich Subjekt und Objekt des Prozesses sein kann.<sup>20)</sup> Es musste vielmehr *pro eo* in seinem Interesse ein *vindex* (*assertor*) auftreten und den Prozess als Partei übernehmen.<sup>21)</sup> Hier trifft die Prozessunfähigkeit

---

19) Seitdem von Krüger und Studemund der richtige Text von Gaius IV §. 82 (s. oben S. 1 vgl. auch Karlowa der römische Civilprozess zur Zeit der Legisaktionen S. 354) festgestellt wurde, sind die Institutionen die einzige Quelle unserer Kenntnis dieser Ausnahmen. Es sind auch alle Folgerungen gegenstandslos geworden, welche aus der Leseart von Bluhme und Göschen: *alieno nomine lege agere non liceret nisi pro populo et libertatis causa* gezogen wurden. S. Bethmann-Hollweg C. P. I S. 110 fg. und dazu Eisele a. a. O. S. 7 fg.

20) S. Voigt, Zwölf Tafeln II S. 67 fg.; Puntschart, grundgesetzliches Civilrecht der Römer S. 318 fg.; Lenel das *edictum perpetuum* S. 304 fg.

21) Ganz gleich steht die Sache bei demjenigen, gegen den *manus iniectio iudicati* oder *pro iudicato* erfolgt war. Gaius IV

klägern *patroni* zu bestellen. Diese *patroni* sind Anwälte, <sup>16)</sup> welche Peregrinen, Bundesgenossen und Fremde zu vertreten haben. Die Ankläger waren, trotzdem sie Prozessparteien waren, nicht gegenwärtig, sondern der Patron führte als Anwalt allein ihre Sache. Gewiss war also eine öffentliche Verhandlung in *iudicio* bei alleiniger Gegenwart des *Patronus* möglich.

Plinius der Jüngere beschreibt in seinen Briefen wiederholt Sitzungen des Centumviralgerichtshofes. Besonders in V, 9. Dort wird von der Absage einer Verhandlung durch den Prätor berichtet, die erfolgte, nachdem bereits geraume Zeit alles bereit war. Es werden als anwesend genannt die *centumviri*, *decemviri* und *advocati*. Von den Parteien spricht Plinius hier ebensowenig als in VI, 33. Es darf wol behauptet werden, dass Plinius von dem Verhalten der Parteien, insbesondere in letzterem Briefe, gesprochen hätte, wenn dieselben anwesend gewesen wären. Es scheint also die Abhaltung der Centumviralverhandlung — und sie gehörte zum System der Legisaktionen —, <sup>17)</sup> möglich gewesen zu sein, wenn die Partei abwesend und nur durch einen Anwalt vertreten war und zwar mit voller Wirkung möglich.

Dazu kommt, dass die Sitte, sich eines orator (*patronus*) zu bedienen, in Rom eine uralte war; konnte der orator alles Erforderliche in *iudicio* selbst vorbringen, wozu Gewicht auf die Anwesenheit der Partei legen? <sup>18)</sup>

---

16) S. Zumpt a. a. O. S. 87; Rudorff, ad legem Aciliam in den Abhdlgen der Berliner Akademie 1861 S. 440. A. M. Klenze, *fragmenta legis Serviliae* S. XII.

17) Gaius IV §. 31 §. 95.

18) Dass schon in ältester Zeit die Bestellung eines in *iudicio* allein handelnden orator unbeschränkt zulässig war, möchte ich nicht behaupten. Ob nicht die vielcitirte Stelle des auctor ad Herennium II, 13 §. 20: *ut maior annis LX et cui morbus causa est, cognitorem det* — sich auf eine solche Bestellung bezieht? S. oben Note 9 a.

Verhält sich nun die Sache so, wie im Vorstehenden als möglich bezeichnet wurde, dann war nur derjenige rechtlich schutzlos, der die solennen *legis actiones in iure* aus physischen oder rechtlichen Gründen (*absentia*, *infantia*) nicht vornehmen konnte, denn für das *iudicium* konnte es ihm an einem Anwalte nicht fehlen.

Trat zu der Unmöglichkeit, die *legis actiones* vorzunehmen, ein öffentliches Interesse an der Realität des Rechtsschutzes, musste wol die Gesetzgebung Mittel und Wege finden, die richterliche Kognition herbeizuführen. In der Tat treffen auch in einzelnen Fällen, in denen nach den Institutionen Ausnahmen<sup>19)</sup> von der Unmöglichkeit des *alieno nomine lege agere* statuirt waren, beide Kriterien zu. Die Ausnahmen gehen auf das *agere pro populo*, *pro libertate*, *pro tutela* und *ex lege Hostilia*.

Am unzweideutigsten zeigt sich dies bei der *causa liberalis*, dem Freiheitsprozeß, der nach allgemeiner Meinung dem *lege agere pro libertate* unterfällt. Derjenige, um dessen Status es sich handelt, kann selbst nicht Partei sein, da man nicht zugleich Subjekt und Objekt des Prozesses sein kann.<sup>20)</sup> Es musste vielmehr *pro eo* in seinem Interesse ein *vindex* (*assertor*) auftreten und den Prozess als Partei übernehmen.<sup>21)</sup> Hier trifft die Prozessunfähigkeit

---

19) Seitdem von Krüger und Studemund der richtige Text von Gaius IV §. 82 (s. oben S. 1 vgl. auch Karlowa der römische Civilprozess zur Zeit der Legisaktionen S. 354) festgestellt wurde, sind die Institutionen die einzige Quelle unserer Kenntnis dieser Ausnahmen. Es sind auch alle Folgerungen gegenstandslos geworden, welche aus der Leseart von Bluhme und Göschen: *alieno nomine lege agere non liceret nisi pro populo et libertatis causa* gezogen wurden. S. Bethmann-Hollweg C. P. I S. 110 fg. und dazu Eisele a. a. O. S. 7 fg.

20) S. Voigt, Zwölf Tafeln II S. 67 fg.; Punschart, grundgesetzliches Civilrecht der Römer S. 318 fg.; Lenel das *edictum perpetuum* S. 304 fg.

21) Ganz gleich steht die Sache bei demjenigen, gegen den *manus iniectio iudicati* oder *pro iudicato* erfolgt war. Gaius IV

klägern *patroni* zu bestellen. Diese *patroni* sind Anwälte, <sup>16)</sup> welche Peregrinen, Bundesgenossen und Fremde zu vertreten haben. Die Ankläger waren, trotzdem sie Prozessparteien waren, nicht gegenwärtig, sondern der Patron führte als Anwalt allein ihre Sache. Gewiss war also eine öffentliche Verhandlung in *iudicio* bei alleiniger Gegenwart des *Patronus* möglich.

Plinius der Jüngere beschreibt in seinen Briefen wiederholt Sitzungen des Centumviralgerichtshofes. Besonders in V, 9. Dort wird von der Absage einer Verhandlung durch den Prätor berichtet, die erfolgte, nachdem bereits geraume Zeit alles bereit war. Es werden als anwesend genannt die *centumviri*, *decemviri* und *advocati*. Von den Parteien spricht Plinius hier ebensowenig als in VI, 33. Es darf wol behauptet werden, dass Plinius von dem Verhalten der Parteien, insbesondere in letzterem Briefe, gesprochen hätte, wenn dieselben anwesend gewesen wären. Es scheint also die Abhaltung der Centumviralverhandlung — und sie gehörte zum System der Legisaktionen —, <sup>17)</sup> möglich gewesen zu sein, wenn die Partei abwesend und nur durch einen Anwalt vertreten war und zwar mit voller Wirkung möglich.

Dazu kommt, dass die Sitte, sich eines orator (*patronus*) zu bedienen, in Rom eine uralte war; konnte der orator alles Erforderliche in *iudicio* selbst vorbringen, wozu Gewicht auf die Anwesenheit der Partei legen? <sup>18)</sup>

---

16) S. Zumpt a. a. O. S. 87; Rudorff, ad legem Aciliam in den Abhdlgen der Berliner Akademie 1861 S. 440. A. M. Klenze, *fragmenta legis Serviliae* S. XII.

17) Gaius IV §. 31 §. 95.

18) Dass schon in ältester Zeit die Bestellung eines in *iudicio* allein handelnden orator unbeschränkt zulässig war, möchte ich nicht behaupten. Ob nicht die vielcitirte Stelle des auctor ad Herennium II, 13 §. 20: *ut maior annis LX et cui morbus causa est, cognitorem det* — sich auf eine solche Bestellung bezieht? S. oben Note 9 a.



Verhält sich nun die Sache so, wie im Vorstehenden als möglich bezeichnet wurde, dann war nur derjenige rechtlich schutzlos, der die solennen *legis actiones* in iure aus physischen oder rechtlichen Gründen (*absentia*, *infantia*) nicht vornehmen konnte, denn für das *iudicium* konnte es ihm an einem Anwalte nicht fehlen.

Trat zu der Unmöglichkeit, die *legis actiones* vorzunehmen, ein öffentliches Interesse an der Realität des Rechtsschutzes, musste wol die Gesetzgebung Mittel und Wege finden, die richterliche Kognition herbeizuführen. In der Tat treffen auch in einzelnen Fällen, in denen nach den Institutionen Ausnahmen <sup>19)</sup> von der Unmöglichkeit des *alieno nomine lege agere* statuiert waren, beide Kriterien zu. Die Ausnahmen gehen auf das *agere pro populo*, *pro libertate*, *pro tutela* und *ex lege Hostilia*.

Am unzweideutigsten zeigt sich dies bei der *causa liberalis*, dem Freiheitsprozeß, der nach allgemeiner Meinung dem *lege agere pro libertate* unterfällt. Derjenige, um dessen Status es sich handelt, kann selbst nicht Partei sein, da man nicht zugleich Subjekt und Objekt des Prozesses sein kann. <sup>20)</sup> Es musste vielmehr *pro eo* in seinem Interesse ein *vindex* (*assertor*) auftreten und den Prozess als Partei übernehmen. <sup>21)</sup> Hier trifft die Prozessunfähigkeit

---

19) Seitdem von Krüger und Studemund der richtige Text von Gaius IV §. 82 (s. oben S. 1 vgl. auch Karlowa der römische Civilprozess zur Zeit der Legisaktionen S. 354) festgestellt wurde, sind die Institutionen die einzige Quelle unserer Kenntnis dieser Ausnahmen. Es sind auch alle Folgerungen gegenstandslos geworden, welche aus der Leseart von Bluhme und Göschen: *alieno nomine lege agere non liceret nisi pro populo et libertatis causa* gezogen wurden. S. Bethmann-Hollweg C. P. I S. 110 fg. und dazu Eisele a. a. O. S. 7 fg.

20) S. Voigt, Zwölf Tafeln II S. 67 fg.; Puntsohart, grundgesetzliches Civilrecht der Römer S. 318 fg.; Lenel das *edictum perpetuum* S. 304 fg.

21) Ganz gleich steht die Sache bei demjenigen, gegen den *manus iniectio iudicati* oder *pro iudicato* erfolgt war. Gaius IV

klägern *patroni* zu bestellen. Diese *patroni* sind Anwälte, <sup>16)</sup> welche Peregrinen, Bundesgenossen und Fremde zu vertreten haben. Die Ankläger waren, trotzdem sie Prozessparteien waren, nicht gegenwärtig, sondern der Patron führte als Anwalt allein ihre Sache. Gewiss war also eine öffentliche Verhandlung in *iudicio* bei alleiniger Gegenwart des *Patronus* möglich.

Plinius der Jüngere beschreibt in seinen Briefen wiederholt Sitzungen des Centumviralgerichtshofes. Besonders in V, 9. Dort wird von der Absage einer Verhandlung durch den Prätor berichtet, die erfolgte, nachdem bereits geraume Zeit alles bereit war. Es werden als anwesend genannt die *centumviri*, *decemviri* und *advocati*. Von den Parteien spricht Plinius hier ebensowenig als in VI, 33. Es darf wol behauptet werden, dass Plinius von dem Verhalten der Parteien, insbesondere in letzterem Briefe, gesprochen hätte, wenn dieselben anwesend gewesen wären. Es scheint also die Abhaltung der Centumviralverhandlung — und sie gehörte zum System der Legisaktionen —, <sup>17)</sup> möglich gewesen zu sein, wenn die Partei abwesend und nur durch einen Anwalt vertreten war und zwar mit voller Wirkung möglich.

Dazu kommt, dass die Sitte, sich eines *orator* (*patronus*) zu bedienen, in Rom eine uralte war; konnte der *orator* alles Erforderliche in *iudicio* selbst vorbringen, wozu Gewicht auf die Anwesenheit der Partei legen? <sup>18)</sup>

---

16) S. Zumpt a. a. O. S. 87; Rudorff, ad legem Acilianam in den Abhdlgen der Berliner Akademie 1861 S. 440. A. M. Klenze, *fragmenta legis Serviliae* S. XII.

17) Gaius IV §. 31 §. 95.

18) Dass schon in ältester Zeit die Bestellung eines in *iudicio* allein handelnden *orator* unbeschränkt zulässig war, möchte ich nicht behaupten. Ob nicht die vielcitirte Stelle des *auctor* ad Herennium II, 13 §. 20: *ut maior annis LX et cui morbus causa est, cognitorem det* — sich auf eine solche Bestellung bezieht? S. oben Note 9 a.

Verhält sich nun die Sache so, wie im Vorstehenden als möglich bezeichnet wurde, dann war nur derjenige rechtlich schutzlos, der die solennen legis actiones in iure aus physischen oder rechtlichen Gründen (*absentia*, *infantia*) nicht vornehmen konnte, denn für das *iudicium* konnte es ihm an einem Anwalte nicht fehlen.

Trat zu der Unmöglichkeit, die legis actiones vorzunehmen, ein öffentliches Interesse an der Realität des Rechtsschutzes, musste wol die Gesetzgebung Mittel und Wege finden, die richterliche Kognition herbeizuführen. In der Tat treffen auch in einzelnen Fällen, in denen nach den Institutionen Ausnahmen<sup>19)</sup> von der Unmöglichkeit des *alieno nomine lege agere* statuiert waren, beide Kriterien zu. Die Ausnahmen gehen auf das *agere pro populo*, *pro libertate*, *pro tutela* und *ex lege Hostilia*.

Am unzweideutigsten zeigt sich dies bei der *causa liberalis*, dem Freiheitsprozeß, der nach allgemeiner Meinung dem *lege agere pro libertate* unterfällt. Derjenige, um dessen Status es sich handelt, kann selbst nicht Partei sein, da man nicht zugleich Subjekt und Objekt des Prozesses sein kann.<sup>20)</sup> Es musste vielmehr *pro eo* in seinem Interesse ein *vindex* (*assertor*) auftreten und den Prozess als Partei übernehmen.<sup>21)</sup> Hier trifft die Prozessunfähigkeit

---

19) Seitdem von Krüger und Studemund der richtige Text von Gaius IV §. 82 (s. oben S. 1 vgl. auch Karlowa der römische Civilprozess zur Zeit der Legisaktionen S. 354) festgestellt wurde, sind die Institutionen die einzige Quelle unserer Kenntnis dieser Ausnahmen. Es sind auch alle Folgerungen gegenstandslos geworden, welche aus der Leseart von Bluhme und Göschen: *alieno nomine lege agere non liceret nisi pro populo et libertatis causa* gezogen wurden. S. Bethmann-Hollweg C. P. I S. 110 fg. und dazu Eisele a. a. O. S. 7 fg.

20) S. Voigt, Zwölf Tafeln II S. 67 fg.; Puntschart, grundgesetzliches Civilrecht der Römer S. 318 fg.; Lenel das edictum perpetuum S. 304 fg.

21) Ganz gleich steht die Sache bei demjenigen, gegen den *manus iniectio iudicati* oder *pro iudicato* erfolgt war. Gaius IV

klägern *patroni* zu bestellen. Diese *patroni* sind Anwälte, <sup>16)</sup> welche Peregrinen, Bundesgenossen und Fremde zu vertreten haben. Die Ankläger waren, trotzdem sie Prozessparteien waren, nicht gegenwärtig, sondern der Patron führte als Anwalt allein ihre Sache. Gewiss war also eine öffentliche Verhandlung in *iudicio* bei alleiniger Gegenwart des *Patronus* möglich.

Plinius der Jüngere beschreibt in seinen Briefen wiederholt Sitzungen des Centumviralgerichtshofes. Besonders in V, 9. Dort wird von der Absage einer Verhandlung durch den Prätor berichtet, die erfolgte, nachdem bereits geraume Zeit alles bereit war. Es werden als anwesend genannt die *centumviri*, *decemviri* und *advocati*. Von den Parteien spricht Plinius hier ebensowenig als in VI, 33. Es darf wol behauptet werden, dass Plinius von dem Verhalten der Parteien, insbesondere in letzterem Briefe, gesprochen hätte, wenn dieselben anwesend gewesen wären. Es scheint also die Abhaltung der Centumviralverhandlung — und sie gehörte zum System der Legisaktionen —, <sup>17)</sup> möglich gewesen zu sein, wenn die Partei abwesend und nur durch einen Anwalt vertreten war und zwar mit voller Wirkung möglich.

Dazu kommt, dass die Sitte, sich eines orator (*patronus*) zu bedienen, in Rom eine uralte war; konnte der orator alles Erforderliche in *iudicio* selbst vorbringen, wozu Gewicht auf die Anwesenheit der Partei legen? <sup>18)</sup>

---

16) S. Zumpt a. a. O. S. 87; Rudorff, ad legem Aciliam in den Abhdlgen der Berliner Akademie 1861 S. 440. A. M. Klenze, *fragmenta legis Serviliae* S. XII.

17) Gaius IV §. 31 §. 95.

18) Dass schon in ältester Zeit die Bestellung eines in *iudicio* allein handelnden orator unbeschränkt zulässig war, möchte ich nicht behaupten. Ob nicht die vielcitirte Stelle des auctor ad Herennium II, 13 §. 20: *ut maior annis LX et cui morbus causa est, cognitorem det* — sich auf eine solche Bestellung bezieht? S. oben Note 9 a.

Verhält sich nun die Sache so, wie im Vorstehenden als möglich bezeichnet wurde, dann war nur derjenige rechtlich schutzlos, der die solennen legis actiones in iure aus physischen oder rechtlichen Gründen (*absentia*, *infantia*) nicht vornehmen konnte, denn für das *iudicium* konnte es ihm an einem Anwalte nicht fehlen.

Trat zu der Unmöglichkeit, die legis actiones vorzunehmen, ein öffentliches Interesse an der Realität des Rechtsschutzes, musste wol die Gesetzgebung Mittel und Wege finden, die richterliche Kognition herbeizuführen. In der Tat treffen auch in einzelnen Fällen, in denen nach den Institutionen Ausnahmen<sup>19)</sup> von der Unmöglichkeit des *alieno nomine lege agere* statuiert waren, beide Kriterien zu. Die Ausnahmen gehen auf das *agere pro populo*, *pro libertate*, *pro tutela* und *ex lege Hostilia*.

Am unzweideutigsten zeigt sich dies bei der *causa liberalis*, dem Freiheitsprozesse, der nach allgemeiner Meinung dem *lege agere pro libertate* unterfällt. Derjenige, um dessen Status es sich handelt, kann selbst nicht Partei sein, da man nicht zugleich Subjekt und Objekt des Prozesses sein kann.<sup>20)</sup> Es musste vielmehr *pro eo* in seinem Interesse ein *vindex* (*assertor*) auftreten und den Prozess als Partei übernehmen.<sup>21)</sup> Hier trifft die Prozessunfähigkeit

---

19) Seitdem von Krüger und Studemund der richtige Text von Gaius IV §. 82 (s. oben S. 1 vgl. auch Karlowa der römische Civilprozess zur Zeit der Legisaktionen S. 354) festgestellt wurde, sind die Institutionen die einzige Quelle unserer Kenntnis dieser Ausnahmen. Es sind auch alle Folgerungen gegenstandslos geworden, welche aus der Leseart von Bluhme und Göschen: *alieno nomine lege agere non liceret nisi pro populo et libertatis causa* gezogen wurden. S. Bethmann-Hollweg C. P. I S. 110 fg. und dazu Eisele a. a. O. S. 7 fg.

20) S. Voigt, Zwölf Tafeln II S. 67 fg.; Puntsohart, grundgesetzliches Civilrecht der Römer S. 318 fg.; Lenel das edictum perpetuum S. 304 fg.

21) Ganz gleich steht die Sache bei demjenigen, gegen den *manus iniectio iudicati* oder *pro iudicato* erfolgt war. Gaius IV

des Beteiligten mit dem öffentlichen Interesse<sup>22)</sup> an der Konstatierung des Status zusammen und in der Tat war hier schon durch die Zwölf Tafeln Abhilfe gewährt und die Rolle des vindex vielfach erleichtert (Gaius IV §. 11). Die intentio ist hier nicht auf ein persönliches Verhältnis zwischen dem Vindikanten in libertatem und dem Prozessobjekte, sondern auf einen absoluten Zustand (*hunc ego hominem ex iure Quiritium liberum esse aio secundum suam causam sicuti dixi* Voigt a. a. O.) des Prozessobjektes gerichtet. Sie hatte die Anlage zur Popularität und es lässt sich nicht bezweifeln, dass die vindicatio in libertatem schon nach den Zwölf Tafeln eine populare Klage und Defension war.<sup>23)</sup> Der Prozess vollzog sich zwischen den Parteien, dem vindex und dem dominus, in den Formen der legis actio sacramento in rem. Der vindex lief nur Gefahr das sacramentum zu verlieren, andere Wirkungen konnte das Urteil für ihn nicht haben. Wol aber entschied das Urteil unmittelbar, direkt über den Status eines Dritten.

Unzweifelhaft populärer Art ist die actio furti ex lege Hostilia. Darüber gibt die griechische Institutionenparaphrase<sup>24)</sup> Aufschluss. Vgl. über diese Klage unten §. 3.

Wie sehr dann weiter die Bedeutung des lege agere pro populo zweifelhaft ist, so viel kann als feststehend bezeichnet werden, dass unter diese Bezeichnung nur Klagen fallen,

---

§. 21—§ 25. Der Exekut konnte nicht pro se lege agere, es musste ein vindex gestellt werden, der für ihn causam egit. Treffend hat daher Unger (Ztschrft. f. Rechtsgeschichte 7. S. 302) den Prozess des vindex in einer Weise klargestellt, welche die Parallellisierung mit der causa liberalis und das Unterfallen unter das lege agere pro libertate ermöglicht. Vgl. Rümelin a. a. O. S. 55 fg.

22) L. 53 D 40. 5 de fid. l.: *quatenus libertas non privata sed publica res est*. Vgl. Hartmann-Ubbelohde a. a. O. S. 312.

23) So heisst es bei Livius III, 45: *in eis enim, qui adserantur in libertatem, quia quisvis lege agere possit, id iuris esse*, und ebenso äussert sich Gaius IV §. 14. — Vgl. Bruns in der Zschr. f. Rechtsgeschichte 3 S. 402; Keller C. Pr. S. 482.

24) Es heisst dort: *ὁ νόμος Ὅστιλιος ἐπέτρεπεν κινεῖν τὸν βουλόμενον τὴν furti ἀγωγὴν*. Das öffentliche Interesse kennzeichnet das odium furum. S. unten §. 3 N. 23.

welche im Interesse des *populus* d. h. der Gesamtheit an- gestellt werden. Ein grosser Teil derselben, wenn nicht gar alle, war gewiss *popular* d. i. der Klagbefugnis des einzelnen Bürgers anheim gestellt.<sup>25)</sup> Bei ihnen verhielt es sich wol, wie bei der *vindicatio in libertatem*: der Effekt des Prozesses kam mittelbar oder unmittelbar der Gemeinde oder den Gemeindegossen zu Nutzen; unmittelbar, wo es sich um Eintreibung einer Geldstrafe handelte,<sup>26)</sup> mittelbar bei *popularen legis actiones* zum Schutze öffentlicher Sachen.<sup>27)</sup>

Dem Resultate der folgenden Darstellung vorgreifend, füge ich noch bei, dass unter dem *pro tutela agere* füglich nichts anderes verstanden werden kann als die *accusatio suspecti tutoris* (unten §. 7) und dass auch hier die Unmöglichkeit des Prozessirens des Interessenten (das Pupillen) mit dem Interesse am Schutze desselben in dieser Richtung zusammentrifft.

Es ist wol nicht blosser Zufall, dass die beiden Fälle des *lege agere alieno nomine*, welche unzweifelhaft in die Zwölftafelzeit zurückreichen — die *assertio* und die *accusatio suspecti* — *popular*<sup>28)</sup> sind: es beruht dies auf einem gemeinsamen Grundzuge des griechischen und römischen Rechtes.<sup>29)</sup> Schon darauf können wir den Schluss aufbauen,

25) Voigt Zwölf Tafeln I S. 513 N. 3 S. 574, Keller C. Pr. §. 54 N. 629.

26) Bruns a. a. O. S. 367 fg.

27) Etwa bei *operis novi nuntiatio*, welche in Bezug auf *loci publici* *popular* war. L. 4 D 39. 1 de op. n. n.: *nam rei publicae interest, quam plurimos ad defendendam suam causam admittere* Vgl. Bekker Aktionen I S. 49 fg.

28) Dass diese *popularen Klagen* wesentlich anderer Art sind, als die *popularen actiones* und *interdicta* des prätorischen Ediktes, darüber s. Bruns a. a. O. S. 401 fg. — Auch dass sie alle über einen Leisten geschlagen worden seien, ist nicht anzunehmen; Näheres lässt sich allerdings bei der Unsicherheit und Lückenhaftigkeit unserer Nachrichten nicht sagen.

29) Platner Der Prozess und die Klagen bei den Attikern II S. 4 fg.; Meier und Schoemann der attische Civilprozess (Preis- schrift) S. 196 fg.

dass auch die anderen durch oder nach der Decemviralgesetzgebung gestatteten Ausnahmen gleicher Art waren,<sup>30)</sup> was auch bei der lex Hostilia tatsächlich zutrifft. Allerdings kann weder die Vollständigkeit des Ausnahmenkataloges der Institutionen, noch die unzweifelhafte Richtigkeit der den knappen Worten der Stelle gegebenen Deutung behauptet werden, aber das gewonnene Resultat entbehrt nichtsdestoweniger nicht hoher Wahrscheinlichkeit.

In den genannten Ausnahmefällen steht also wegen zwingender Interessen der Einzelnen oder der Gesamtheit jedem Bürger das Recht zu, in fremden Angelegenheiten als Kläger oder Geklagter Prozess zu führen. Aber diese Prozessführung ist wesentlich verschieden von dem *alieno nomine agere* des Repräsentanten im Formularprozesse. Der Prokurator usf. ist zwar ebenso Prozesssubjekt wie der Popularkläger, aber das Urteil wirkt in *merito* für oder gegen den Prokurator, nicht aber für oder gegen den Popularkläger.

Der letzte Grund für die Zulassung und Gestaltung der Repräsentation im Formularprozesse, sowie für die Unmöglichkeit derselben und die Gestaltung der Ausnahmen im Legisaktionsprozesse liegt in der verschiedenen Technik der Spruchformel und Schriftformel. Jene gibt nur der Rechtsbehauptung Raum, diese nimmt neben der Rechtsbehauptung auch die *condemnatio* auf.<sup>31)</sup> Diese Zweiteilung gewährte die Möglichkeit, die *condemnatio* auf andere Personen zu stellen, als für welche die *intentio* galt: an Stelle des Rechtssubjektes konnte ein anderer Prozesssubjekt werden und zwar *alieno nomine*, gleichsam unter fremder Flagge. Der geschichtlich erste<sup>32)</sup> und jederzeit einer der wichtigsten Fälle, in denen diese Einrichtung der Umstellung der Namen in der Formel zur Geltung kam, war die Prozessführung in Vertretung des Rechtssubjektes.

---

30) Vgl. auch Jhering Geist des röm. R. I S. 186 (4. Aufl.)

31) Vgl. Bekker Aktionen II S. 114 fg.

32) S. Bethmann-Hollweg C. Pr. II S. 441.



Die Einrichtung der Namenumstellung, wie sie in der Formula angewendet wurde, war natürlich den *legis actiones* völlig fremd. Auf Grund der Spruchformel, welche die Rechtsbehauptung oder die Selbstzuerkennung des Rechtes<sup>33)</sup> enthielt, erfolgte die Litiskontestation und das *iudicium* für die *lege* Handelnden. Wo die Spruchformel auf ein eigenes Recht der Partei lautete (*meum esse, mihi ius esse, mihi dare oportere*), dort war es schlechthin ausgeschlossen, dass das Urteil für Dritte Wirkung habe. Wo sie hingegen auf ein abstraktes Sein oder Geschehensollen gerichtet war (*liberum hominem esse, tutorem removendum esse*), dort war es äusserlich ermöglicht, dass das Urteil über dieses Sein oder Geschehensollen für Dritte Wirkung habe. Allerdings war das blos eine Möglichkeit, die nur durch gesetzliche Sanktion zu juristischer Wirklichkeit gelangen konnte. Solche Sanktion trat nun zunächst unter dem Drucke der oben erwähnten rechtspolitischen Gründe in Fällen ein, wo das Urteil unmittelbar durch sein Dasein seinen Zweck für Dritte erreichen konnte. War im Freiheitsprozesse das *sacramentum* des *vindex* für *iustum* erkannt, so war der *status libertatis* des Vindizirten direkt festgestellt. War auf *Remotion* erkannt, so hörte der Tutor unmittelbar auf, Tutor zu sein (unten §. 7). Einer weiteren Exekution oder Prozesshandlung seitens des dritten Interessenten bedurfte es nicht. Ob über diesen Wirkungsmodus hinaus auch mittelbare Wirksamkeit des Urteils für Dritte eintreten konnte, so dass ihnen das Urteil einen Rechtstitel zu weiterem eigenen prozessualen Handeln schuf, ist wol nicht zu konstatiren, da die Gestaltung des *pro populo agere*, insonderheit ob der Kläger das Erstrittene für sich oder den *populus* erstritt,<sup>34)</sup> so äusserst zweifelhaft ist und auch über das *lege agere ex lege Hostilia* nichts unzweifelhaftes gesagt

---

33) Wie Schulze Privatrecht und Prozess S. 492 fg. und Demelius die *confessio* S. 56 fg. die Spruchformeln charakterisiren.

34) S. Puchta Inst. II S. 114, Mommsen Stadtrechte von Salpensa und Malaca S. 463 fg., Bruns a. a. O. S. 361 fg.

werden kann. Jedenfalls klagte in allen hier betrachteten Fällen der Kläger stets aus eigenem Rechte, das heisst kraft der jedem Bürger durch das Gesetz verliehenen Befugnis.

Kein Zeugnis spricht dafür, dass eine gesetzliche Bestimmung, man müsste denn die *lex Hostilia* hieher zählen, so weit gegangen wäre, Jemand zu gestatten, auf Grund fremden Klagerechtes Prozess zu führen, so dass etwa B auf Grund der dem A zustehenden Spruchformel hätte Klage erheben können, und von Gaius und den Institutionen wird dies, wie wir sahen, geradezu negiert, indem das *aleno nomine agere* als *Cognitor* u. s. f. als im Legisaktionsprozesse unmöglich bezeichnet wird. Gaius verweist auf Ausnahmen und die Institutionen bezeichnen die vorher genannten, die aber allesamt anderer Art sind, als das *agere procuratorio* oder *cognitorio nomine*, wie sich ergeben hat. Auch in der Zeit des Formularprozesses haben die in pr. J. 4. 10 genannten Ausnahmefälle, soweit sie noch bestehen blieben, prozessualisch und terminologisch eine andere Behandlung erfahren, als die *Cognitur* und *Prokuratur*.

Am wenigsten lässt sich von der *accusatio suspecti tutoris* sagen, denn diese hat in klassischer Zeit stets eine amtliche Kognition zur Folge, ob früher einmal Formeln in diesem Falle erteilt wurden und wie eine solche Formula beschaffen war, lässt sich nicht bestimmen; jedenfalls aber lässt sich an ein prokuratorisches Verhältniss des Akkusanten zum Pupillen nicht denken.

Besser berichtet sind wir über die *causa liberalis*. Allerdings sind die Spuren der Assertion, da Iustinian dieselbe im Jahre 528 beseitigte,<sup>35)</sup> in dem Digesten nahezu vollständig getilgt, aber immerhin bleiben l. 1 — l. 6 D. 40. 12 de l. c., in denen der *assertio* in *libertatem* gegen den Willen des *asserendus* gedacht wird. Es heisst dort nie, der *assertor* handle *nomine* des *asserendus*, sondern immer, er handle *pro eo*.<sup>36)</sup> Wie sehr dann weiter bestritten ist,

35) L. 1 C de ass. t. 7, 17.

36) L. 1 §. 1, l. 5. §. 1 D h. t. In l. 4 cit. heisst es, wie pr. J. 4. 10: *sed tunc patrono conceditur pro libertate liberti litigare*. Vgl. Gaius IV §. 21 — §. 25 und unten S. 20.

ob die Formula im Freiheitsprozesse in rem oder blos präjudiziell konzipirt <sup>37)</sup> war, so viel steht fest: eine Umstellung der Namen enthielt sie nicht. Das Urteil aber hatte direkte Wirkung für den *asserendus*.

Auch die Popularklagen des prätorischen Ediktes, die sich immerhin als Erben des *lege agere pro populo* bezeichnen lassen, weisen in ihren — uns zumeist unbekannten — Formeln und weisen in ihrem Wesen gewiss nichts auf, das sie als Klagen auf Grund prokuratorischer Vertretung <sup>38)</sup> charakterisiren würde.

Ebenso verhält es sich mit einer Reihe von Fällen, in denen für fremdes Interesse mit direkter Wirkung im Formularprozesse verfahren wurde, die im Legisaktionsprozesse kein Vorbild haben. <sup>39)</sup>

In allen diesen Fällen trifft für den Legisaktions- wie für den Formularprozess zu, was Unger (Zeitschrift für Rechtsgesch. 7. S. 203) von dem *vindex des indicatus* sagt: „Der *vindex* ist materiell, nicht formell Prozessprokurator, er führt einen eigenen Prozess im Interesse eines anderen.“ Damit ist der Gegensatz zwischen dem *lege agere pro alio* und dem *agere alieno nomine* des Formularprozesses scharf und treffend charakterisirt.

Auf die Frage allerdings, wie Gaius und die Institutionen dazu kamen, diese Fälle materieller Vertretung als Ausnahmen von der prinzipiellen Unzulässigkeit der formellen (prokuratorischen) Vertretung im Legisaktionsprozesse zu bezeichnen, lässt sich keine befriedigende Antwort erteilen <sup>40)</sup>.

## Anhang.

### *Agere alieno nomine und agere pro alio.*

I. Das *alieno nomine agere*. Zunächst einige allgemeine Bemerkungen. Neben den Ausdrücken *agere* und *conveniri*

37) Lenel das *edictum perpetuum* S. 305, 306, 308.

38) S. Bruns a. a. O. S. 380 fg., aber auch Keller C. P. §. 91.

39) Vgl. etwa Rümelin a. a. O. S. 136 fg.

40) Jhering a. a. O. N. 81.

alieno nomine finden sich für die darunter fallenden Prozessrollen auch Wendungen von zweierlei Art. Bald wird durch den Ablativ eines Adjektivs die Rechtsstellung bezeichnet, in der alieno nomine prozessiert wird: cognitorio, procuratorio <sup>41)</sup>, tutorio, curatorio <sup>42)</sup>, hereditario <sup>43)</sup> nomine; bald wird durch den Genitiv oder ein Pronomen die Person bezeichnet, deren Rechtsverhältnisse Gegenstand des Prozesses sind: filii, servi <sup>44)</sup>, domini <sup>45)</sup>, cuius, meo <sup>46)</sup> nomine.

Der Gegensatz zwischen suo (proprio) nomine und alieno nomine agere begegnet häufig in den Quellen und es fragt sich, ob durch denselben dem alieno nomine agere eine präzise technische Bedeutung zugewiesen wird. Meines Erachtens <sup>47)</sup> ist dies nicht der Fall. Das alieno nomine

41) Gaius II §. 252, IV §. 82, pr. J. 4, 10; l. 31 pr. D 3. 3 de pr. et def. l. 3 D 10. 2 fam. etc., l. 10 §. 12 D 17. 1 mand., l. 7 C 2. 12 de proc. — Hier und im folgenden kann es nicht darauf ankommen, durch die Belege das ganze Gebiet der Quellen zu erschöpfen, sondern nur darauf, Beispiele zu liefern.

42) Gaius IV §. 82, pr. J. 4, 10.

43) Gaius II §. 252, l. 3 §. 7 D 37, 10 (suo an hereditario nomine).

44) S. unten N. 50.

45) l. 7 pr. D 39. 1 de op. n. n.

46) l. 46 §. 1, l. 75 pr. D 3, 3 de proc. et def., Gaius II §. 39, III §. 221).

47) A. M. ist Rümelin a. a. O. S. 11 fg. Nach ihm findet sich der Ausdruck alieno nomine nur an Stellen gebraucht, wo entweder das Prozessieren des cognitor, procurator, tutor, curator insgesamt oder einzelner solcher Personen direkt als Beispiel angeführt ist oder doch aus dem Zusammenhange die Beziehung auf ein solches Prozessieren mit Deutlichkeit sich ergibt (S. 11). (Rümelin gibt das aber selbst auf, wenn er weiter (S. 14) sagt, dazu genüge, dass ein fremdes privatrechtliches Interesse geltend gemacht werde.) Die Wendungen alicuius, meo, Titii, filii, servi nomine sollen, obwohl sie auch zur Bezeichnung des Prozessirens des cognitor u. s. f. verwendet werden (S. 12 N. 2), ihr eigentliches Anwendungsgebiet doch nur in Fällen haben, die unter das technische alieno nomine agere nicht fallen. — Es ist allerdings richtig, dass die Wendung alieno nomine agere (und conveniri) viel häufiger für das

agere ist eine die verschiedensten Fälle des Prozessirens auf Grund fremder Rechtsbeziehungen umfassende Bezeichnung, welche die negative Begrenzung ihres Gebietes durch die Anerkennung des suo nomine agere im einzelnen Falle findet.

Für die Bestimmung des suo nomine agere fehlt es uns durchaus nicht an zureichenden Ausgangspunkten in den Quellen.

L. I §. 11 D 49. 4 qu. app. s. (Ulpianus): . . . *et palam est eam esse propriam causam, cuius emolumentum vel damnum ad aliquem suo nomine pertinet.*

L. 39 §. 1 D 3. 3 de proc. et def. (Ulpianus): . . . *sed interdum licet suo nomine procurator experiat, tamen de rato debet cavere, ut Pomponius libro vicensimo quarto scribit. ut puta iusiurandum procuratori rettulit, iuravit absenti dari oportere: agit hoc iudicio suo nomine propter suum iusiurandum. . . . sed et si procuratori constitutum est et ex ea causa agit. . . .*

L. 11 D 44. 7 de obl. et act. (Paulus): . . . *et ideo neque stipulari, neque emere vendere contrahere, ut alter suo nomine recte agat, possumus* <sup>48)</sup>.

Prozessiren des cognitor u. s. f. verwendet wird, aber das ist leicht erklärlich: In den anderen Fällen — der Noxalklage, den adjektizischen Klagen und der Klage des Gewalthabers aus den Rechtsgeschäften der Gewaltunterworfenen, der Klage des Erben oder gegen den Erben —, bestanden zwischen der Prozesspartei und dem Dritten bestimmte Rechtsverhältnisse; es war natürlich, dass man die Ersichtlichmachung dieser Verhältnisse vorzog (*servi, filii, hereditario nomine*). Man scheute aber auch hier nicht die Wendung *alieno nomine agere*. So subsumirt Ulpian in l. 6 §. 2 D 3. 2 de his qui inf. das Prozessiren des Erben ohne weiters unter das *alieno nomine* des Ediktes l. 1 pr. D eod. (cf. l. 14 D eod. l. 22 §. 3 D 5, 2 de inoff. test.). Die Stellung des *accusator suspecti tutoris* hat mit *Cognitur* und *Prokuratur* nichts zu schaffen und doch heisst es vom *accusator* in l. 20 pr. D 49. 1 de appell., er handle *alieno nomine*.

48) Zu vergleichen ist noch l. 11 D 39. 2 d. *damno inf.* mit Bezug auf die Edikts Worte in l. 7 pr. D eod. Dazu Pauli Sent. II, 31 §. 19 und l. 66 D 21. 2 de evict. —

Damit ein Prozessiren suo nomine vorliege, muss der Klagegrund ein materiell und formell eigenes Rechtsverhältnis des Klägers oder Geklagten sein, gleichviel ob er in eigenem oder in fremdem Interesse eintritt. Näher gilt:

1) Ein materiell eigenes Rechtsverhältnis macht geltend, qui suum ius tuetur, ein materiell fremdes, wer aus dem dem Prozesse unterzogenen Verhältnisse nicht selbst berechtigt oder verpflichtet ist. Dahin gehören: der cognitor, procurator, tutor, curator, accusator suspecti tutoris, sowie wer sich an einem Exkusations- und Nominationsprozesse beteiligt.<sup>49)</sup> Dahin gehörten auch der vindex sowie der Kläger ex lege Hostilia und pro populo der Legisaktionszeit. Für sie alle gilt alieno nomine agere.

2) Ein materiell eigenes, aber formell fremdes Rechtsverhältnis macht geltend, wer aus demselben selbst berechtigt und verpflichtet ist, wenn dasselbe nicht in seiner Person entstanden ist. (nicht ex nostra persona initium sumit, l. 11 D. 44. 7). In allen solchen Fällen sprechen die Pandektenjuristen in den verschiedensten Wendungen von alieno nomine agere. Einige dieser Fälle gehören schon dem Systeme des alten Civilrechtes an, andere sind erst durch das Edikt eingeführt. Zu den ersteren gehören die Klagen des Gewalthabers aus den Rechtsgeschäften der Gewaltunterworfenen<sup>50)</sup> und die Noxalklagen,<sup>51)</sup> zu den letzteren insbesondere die adjektizischen Klagen.<sup>52)</sup> Ausserdem sind auch hieher zu zählen die Klagen des Erben und gegen den Erben<sup>53)</sup> aus den Rechtsverhältnissen des Erblassers. Die Fälle des Civil-

---

49) S. unten §. 2.

50) L. 3 §. 4 D. 2, 2 qu. qu. iur., a. auch l. 42 D. 35. 1 de cond. und l. 1 §. 5 D. 47. 10 de iniuriis. Bei legis actiones konnte der Gewalthaber unbedenklich sagen: hanc rem meam esse aio und mihi dare oportere aio, wenn der Gewaltunterworfenen Eigentum oder Forderungen erworben hatte. In der formula wurde eine praescriptio beigelegt.

51) L. 2 §. 1, l. 4 §. 2 D. 9. 4 de nox. a.

52) L. 6 §. 12 D. 42. 8 quae in fr., l. 84 D. 46. 3 de solut.

53) L. 6 §. 2 D. 3. 2 de his qui, l. 22 §. 3 D. 5. 2 de inoff. test.

rechtes haben ihre prozessuale Durchführung auch schon in der Legisaktionszeit erfahren, wahrscheinlich ist aber dabei an eine sprachliche und sachliche Differenzierung des *suo* und *alieno nomine agere* nie gedacht worden und ist die Sache und die Bezeichnung erst in der Zeit des Formularprozesses auf Legisaktionen, etwa die *querela inofficiosi*, welche der *paterfamilias filii nomine* anstellt (l. 8 pr., l. 22 D 5. 2 de inoff. test.), übertragen worden.

3) Die Interessenfrage ist, wie sich aus l. 39 §. 1 cit. ergibt, für unsern Gegensatz irrelevant.

So sind es zunächst materiellrechtliche Gesichtspunkte, welche für das *suo* und *alieno nomine agere* den Teilungsgrund liefern, aber die materiellrechtliche Verschiedenheit findet auch ihren adäquaten Ausdruck in den verschiedenen Gestaltungen der formula, deren Schmiegsamkeit die Aufnahme der mannigfachsten Kombinationen gestattete. (Vgl. Bethmann-Hollweg, der röm. Civilprozess II S. 412–416.)

Von Gaius IV. §. 82 und in den Institutionen pr. J. 4. 10 wird allerdings, wie sich aus dem Wortlaut und dem Zusammenhange dieser Stellen ergibt, das *alieno nomine agere* in einer engeren Bedeutung angewendet, welche diese Wendung auf das Prozessiren von Vertretern einschränkt. Dass aber in beiden Stellen eine weitere Bedeutung vor-schwebt, zeigt das *veluti*, mit dem die Aufzählung der gemeinten Fälle beginnt.

II Pro alio agere. Ich kann pro alio einen einzelnen Prozessakt vornehmen oder einen ganzen Prozess führen. Das Charakteristische in beiden Fällen ist, dass mein Handeln unmittelbar für einen Anderen Wirkung hat. Im ersten Falle tritt die Wirkung der einzelnen prozessualen Handlung für den Vertretenen ein, im zweiten wirkt der Prozess als Ganzes, verkörpert in seinem Schlussakte, dem Urteile, für einen Anderen. Das Vorbringen in iure heisst im allgemeinen wahrscheinlich schon zur Legisaktionszeit (*legis actio per iudicis postulationem*) *postulare*, das prozessuale Vorbringen aber überhaupt *dicere* und *agere*.

1) *Postulare est desiderium suum vel amici sui in iure apud eum, qui iurisdictioni praeest, exponere vel alterius desiderio contradicere* (l. 1 §. 2 D 3. 1 de post.) Man kann ein Prozessbegehren für sich oder einen anderen vor dem Magistrate anbringen und dafür haben das prätorische Edikt (l. 1 §. 8 §. 11 l. 2 l. 3 D. h. t.) und der Sprachgebrauch der römischen Juristen konsequent die Bezeichnung *pro se* und *pro alio postulare* (l. 1 §. 2 D h. t. und *passim*.) Das *postulare pro alio* wird vorwiegend als Aufgabe der Anwälte (*advocati*) bezeichnet im Edikte in l. 1 §. 6 D. h. t., sonst etwa in l. 6 l. 11 D. h. t. und in den Konstitutionen des Titels C. 2. 6 de post.

2) *Dicere* und *agere (causam)* bezeichnen das prozessuale Handeln und Vorbringen, gleichviel ob es durch die Partei oder einen Anwalt erfolgt. Die Belege dafür aus alter und neuer Zeit sind unzählbar. Ausser den Belegen aus der juristischen Literatur der Römer (vgl. darüber Dirksen *manuale* vb. *dicere* und *agere*) gibt deren auch die nicht-juristische Literatur genug.<sup>54)</sup>

3) In einer Reihe von Fällen wird von demjenigen, der einen eigenen Prozess führt, gesagt, er *prozessire pro alio*. So von Gaius IV §. 21 fg. von dem *vindex*, der für den *iudicatus*, gegen den die *manus iniectio* vollstreckt ist, tritt. So auch in l. 1 — l. 6 D 40. 12 de lib. c. von dem *assertor* in *libertatem* gegenüber dem *asserendus*. In beiden Fällen handelt die Prozesspartei *alieno nomine*, weil sie den Prozess auf Grund fremder Rechtsbeziehungen führt, aber zugleich *pro alio*, da das Resultat dieses Prozesses sich *meritorisch* auf einen Anderen bezieht, für einen Anderen

---

54) Festus ep. vb. *reus*: . . . *qui aut dicit pro se aut contra te agit*, Plautus *Mostellaria* v. 235: *quae pro me causam diceret, patronam liberavi*; Cicero in *Verrem actio* I 9, §. 26: *ut apud M. Metellum praetorem causa diceretur*; Cicero de *lege agraria* II §. 44: *quis aget causam populi romani*; Plinius *epist.* VI, 29 §. 11: *dixi pro Vareno* u. s. f. — Die Thätigkeit des Anwaltes wird auch mit *adesse (alicui)* bezeichnet (l. 10, l. 11 D 3. 1 de post.; Plinius *epist.* V 4 §. 2 §. 3 u. s. f.).



wenigstens primär Rechtswirkungen hat. — Doch scheidet sich dieser Fall wesentlich von dem *postulare pro alio*, das letztere bezieht sich nur auf einen einzelnen Akt, das erstere auf den ganzen Prozess. Praktisch hat das wesentliche Bedeutung. Den vom Anwalte aufgegebenen Prozess kann die Partei ohne weiteres weiter führen, in den vom assessor aufgegebenen Freiheitsprozess kann der *asserendus* aber nicht eintreten. Für jene gilt eben der einzelne Akt, für diesen nur das Urteil.

III. Wie aber Advokatur und Prokuratur in immer engere Beziehungen traten, so dass sich der Gegensatz zwischen beiden schon in der *extraordinaria cognitio*, umsomehr im nachdiokletianischen Prozesse verflüchtigte,<sup>55)</sup> so darf es nicht Wunder nehmen, dass auch die juristisch so scharf scheidenden Wendungen *alieno nomine agere* und *pro alio agere* ihre technische Bedeutung einbüssten. Vgl. schon l. 41 D 3, 3 de proc. l. 7 C 2. 12 de proc. Weitere Belege unten §. 6 gegen Ende.

## §. 2.

### L. 20 pr. D 49. 1. de appell. und die griechische Institutionenparafrase zu pr. J. 4. 10.

In den Institutionen Iustinians pr. I. 4. 10<sup>1)</sup> findet sich unter den Fällen, in denen ausnahmsweise ein *lege agere alieno nomine* zulässig war, an dritter Stelle das *agere pro tutela* genannt. Da die Quelle, aus der Justinians Kompilatoren diese Nachrichten schöpften, uns ganz unbekannt ist, lässt sich an eine direkte Aufklärung über die Bedeutung des *pro tutela agere* nicht denken. Gaius erwähnt in IV §. 82 nur, dass ausnahmsweise *alieno nomine* auch zur Zeit der Legisaktionen prozessirt werden konnte, eine nähere Bestimmung der Ausnahmen findet sich nicht. Ehe wir uns zur Feststellung des Sinnes des *pro tutela agere* wenden, sind zwei Digestenfragmente und die griechische Parafrase der In-

55) Bethmann-Hollweg C. P. III. S. 168.

1) S. oben S. 1.

stitutionen<sup>2)</sup> zu pr J. h. t., welche Stellen unmittelbaren Bezug auf unsere Frage zu haben scheinen, zu erörtern.

Die Digestenfragmente sind l. 20 pr. D 49. 1 de appell. von Modestinus und l. 1 §. 14 D 49. 4 quando app. sit von Ulpian.

L. 20 pr. lautet: *Qui suspectum tutorem facit et qui de non recipienda tutela excusationem agitat alieno nomine agere intelligendus est.*

L. 1 §. 14 cit: *Si quis suspectum tutorem faciens non optinuerit, appellare eum intra triduum debere Julianus libro quadragesimo digestorum scripsit, profecto quasi pupilli defensorem.* cf. l. 3 D 49. 5 de appell. recip. von Paulus.

Es sind also zwei Fälle, welche als Prozessiren alieno nomine bezeichnet werden: das postulare suspectum tutorem und das agere excusationem de non recipienda tutela. In beiden Fällen ist ein Prozessiren auf Grund fremder Rechtsbeziehung vorhanden, das im Interesse eines Dritten erfolgt.

Die accus. suspecti bedarf an dieser Stelle noch keiner näheren Auseinandersetzung, wol aber muss der Thatbestand des agere excusationem de non recipienda tutela festgestellt werden.

Der handschriftlich vollkommen beglaubigte Wortlaut qui de non recipienda tutela excusationem agitat<sup>3)</sup> gibt zu grossen Bedenken Anlass. Zunächst enthält er eine bei den römischen Klassikern, auch bei Modestinus seltene Tautologie. Soll die Stelle sich auf den Exkusationsprozess des Tutors beziehen, dann ist entweder die Beifügung der Worte non recipienda oder die Einfügung des Wortes excusationem überflüssig. Auch finden wir nirgends in den Digesten eine gleiche oder auch ähnliche Wendung, selbst das excusationem agere oder agitare ist sonst unseren Quellen — soweit

2) Die dem Theofilos zugeschrieben wird. S. die Vorrede von Ferrini zu seiner Ausgabe der Parafrase.

3) Rücker schlägt die Emendation vor: *tutela excusatione*. Diese Emendation würde alle sprachlichen Schwierigkeiten beseitigen, findet aber in den Handschriften keine Stütze. Vgl. Schulding notae ad Pand. ad h. l.

ich sehe — völlig fremd. Ich kann schon darnach nicht umhin, die Stelle als verdächtig zu bezeichnen. Dazu gesellt sich noch ein Umstand, welcher den Verdacht zur Gewissheit erhebt. Modestin kann so wie es in l. 20 pr. cit. zu lesen ist, gar nicht geschrieben haben. Nach dem in den Digesten und auch in den vatikanischen Fragmenten enthaltenen Fragmenten Modestin's<sup>4)</sup> und seiner Vorgänger<sup>5)</sup> haben dieselben sich zur Bezeichnung des Amtes oder der Last, von denen man sich exkusirt, des Ablativs allein oder mit der Präposition a bedient. Erst in späterer Zeit zeigt sich auch der Gebrauch der Präposition de. Hermogenianus sagt abwechselnd excusare a tutela und de tutela (cf. L. 41. l. 43 D. 27 1 de excus. und l. 11 D. 50. 5 de vac.) Auch in den späteren Kaiserkonstitutionen findet sich überall excusare de tutela. So schon in Reskripten der Kaiser Diocletianus und Maximilianus: l. 5. C. 10. 52, und l. 1 C. 10. 58. Ebenso in l. 25 C. 5. 62. von Kaiser Anastasius. Zwei Titelnrubriken des Codex aus Justinianischer Zeit C. 10. 49: de quibus muneribus liceat se exc. und C. 10. 56: quibus muneribus excusantur ii . . . zeigen, dass man sich des blossen Ablativs oder der Präposition de bediente und die Präposition a wenigstens nicht vorzog. In Justinianischer Zeit also scheint der Sprachgebrauch für die Präposition de gewesen zu sein; zur Zeit Modestin's muss wol die Setzung eines de für sprachwidrig gegolten haben, denn ich habe nicht eine einzige Stelle finden können, in der Mod. oder ein früherer Jurist excusare de tutela gesagt hätte<sup>6)</sup>. Steht dies fest, so kann davon, dass Modestin geschrieben habe excusationem agitare de tutela, keine Rede mehr sein und die

---

4) Seine libri 6 de exc. sind allerdings griechisch geschrieben, dafür aber zum Beispiel l. 16 D 27. 1 de exc. aus dem 2. Buche seiner Responsen.

5) l. 9, l. 17 §. 4 D 27. 1 h. t., l. 3 D 37. 14 de i. patr.

6) Auch in Justinians Institutionen J l. 25 de exc. findet sich durchgehend excusare a tutela; das kann aber bei dem Umstande, als die Fragmente dieses Titels Schriften früherer Zeit entlehnt sind, nicht auffallen.

Korruptel durch die Justinianischen Redaktoren steht ausser Zweifel.

Der Zweck dieser recht ungeschickten Korruptel kann nur der gewesen sein, eine mit dem Rechtszustande der Justinianischen Zeit unvereinbare Aeusserung Modestins zu tilgen. Die Korruptel wird wol in der Weise vorgenommen worden sein, dass durch Auslassungen oder Einschiebungen die Stelle dem Bedürfnisse des Korrektors angepasst wurde, so dass immerhin ein Grundstock echter Worte Modestins geblieben sein mag.

Es ist allerdings unmöglich, den Sachverhalt vollkommen in's Klare zu stellen, aber wie hypothetische Resultate die folgende Untersuchung auch liefern mag, sie darf hier nicht umgangen werden, da sie zur Aufhellung einer Aeusserung der griechischen Institutionenparafrase dient.

Wie die Stelle in den Digesten Justinians steht, kann sie sich nur auf den Fall der Exkusation des Tutors von einer ihm deferirten Vormundschaft beziehen. So versteht schon die Glosse dieselbe. Ein römischer Jurist hätte allerdings dies einfacher dahin ausgedrückt: *et qui a tutela se excusat* (oder *excusationem adlegat, probat oder agitat*), aber wir haben es eben mit einer Korruptel zu thun. Es kann dabei nicht ins Gewicht fallen, dass es sprachlich nicht angeht, von Exkusation von einer nicht zu übernehmenden Tutel — *de non recipienda* <sup>7)</sup> *tutela* zu sprechen.

Modestin hatte gewiss etwas Anderes oder Mehreres gesagt, sonst wäre das emblema ganz unbegreiflich und in dieser Richtung dürfte das Nächstliegende das Sicherste sein. Modestin sprach wol von der *nominatio potioris*

---

7) *Recipere onus tutelae* bezeichnet in §. 2 J. 1. 25 de exc. die Wiederaufnahme einer wegen Hindernissen niedergelegten Tutel nach Wegfall des Hindernisses. An diesen Fall bei unserer Stelle zu denken, geht nicht an; denn was sollte besonders für den Fall der Wiederaufnahme der Tutel gelten, was bei erster Uebernahme nicht auch gelten müsste? — Häufiger kommt *recipere excusationem* in dem Sinne der Genehmigung der Ablehnung vor. Etwa l. 20 D. 27. 1 de exc. und *Fragm. vat.* §. 207.

allein oder von der *nominatio potioris* und der *excusatio*. Das Institut der *nom. pot.* bestand noch unzweifelhaft zu Modestin's Zeiten, ist aber im Justinianischen Rechte ganz verschwunden<sup>8)</sup>. Die Redaktoren hatten allen Anlass, eine darauf sich beziehende Aeusserung Modestin's zu streichen. Modestin bezeichnet das *agitare*, mag es sich nur auf *excusatio* oder *nominatio* oder auf beides beziehen, als ein *agere* und zwar *agere alieno nomine* als ein Prozessiren und zwar als ein Prozessiren *alieno nomine*. Wir haben nun die Fälle des Prozessirens um Exkusation und Nomination durchzugehen und zu untersuchen, von welchen Fällen gesagt werden könne, sie seien ein *agere alieno nomine*.

In beiden Fällen haben wir es mit einem wirklichen Civilprozess<sup>9)</sup> zu thun, in dem es allerdings nie zur Niedersetzung eines *iudicium* gekommen sein mag, der aber als magistratische *cognitio* sich doch im kontradiktorischen Verfahren vollzog. Ausser unserer Stelle bezeugen dies auch l. 38. D. 27. 1, sowie Vat. Fragm. §. 156 squ., §. 206 squ.. Für diese Prozesse gilt das durch Kaiser Marcus Aurelius eingeführte besondere Verfahren (Rudorff, Recht der Vormundschaft II. S. 8, Zimmern, Gesch. des röm. Privatrechts I. S. 908 fg.).

1) Der Exkusationsprozess vollzieht sich zwischen Demjenigen, der den Tutor postulirt oder nominirt hat als Geklagtem; und dem auf Grund solcher Erbittung durch magistratisches Dekret ernannten als Kläger<sup>10)</sup>. Im Prozesse ist die Frage zu entscheiden, ob der ernannte Tutor ein Recht zur Exkusation habe.

2) Der Nominationsprozess vollzieht sich zwischen dem Nominanten als Kläger, und dem Nominaten als Geklagtem, und dreht sich um die Frage, ob der Nominirte wirklich *potior d. h.* geeigneter für die Tutel sei als der Nominant.

---

8) Rudorff, Recht der Vormundschaft II S. 9, 10.

9) Vgl. zum Folgenden: Keller C. Pr. §. 81; Bethmann-Hollweg C. Pr. II S. 761; Bekker, Aktionen II S. 192, 193.

10) Rudorff a. a. O. II S. 185 fg., Zimmern a. a. O.

Für einen einzigen Fall können wir durch ein Rescript des Kaisers Sev. Alexander die Annahme eines alieno nomine agere aus den Quellen belegen, aber auf diesen Fall wollen die Worte unserer l. 20 pr. schlechterdings nicht passen. Der Eingang dieses Rescriptes l. 1. C. 5. 63. *si falsis adl. exc. sit*, lautet:

*Si absentibus necessariis personis vel his, qui sua sponte vos defendere volebant, non competentibus adlegationibus, qui vobis tutores aut curatores dati erant, liberati esse a munere visi sunt . . . .*

Derjenige also, der als Nominant oder Postulant gegen die Exkusation des ernannten Tutor die Pflicht desselben zur Uebernahme der Tutel verfißt, wird als defensor<sup>11)</sup> bezeichnet. Als defensor aber handelt er notwendig alieno nomine.

Für die Rollen der übrigen Parteien verlassen uns die Quellen vollständig und sind wir lediglich auf Analogien gewiesen.

Dieselbe Rolle, wie der Geklagte im Exkusationsprozesse, spielt der Nominant im Nominationsprozesse. In derselben Weise wie jener, kann auch dieser als „defensor pupilli“ bezeichnet werden. Auch von ihm kann gesagt werden, er prozessiere alieno nomine.

Von dem Exkusanten kann man wol nicht sagen, er defendire den Pupillen, die Exkusation kann allerdings so gut im Interesse des Pupillen, wie des Tutors liegen (Kuntze, Exkurse S. 450), aber es ist immer, wenigstens formell und nach der Auffassung der röm. Juristen das privilegium des Tutors, das er geltend macht. Es handelt sich um sein privilegium, um „suum ius“, und er handelt suo nomine.

Wol aber läßt sich von dem Nominaten im Prozesse über die potioris nominatio aussagen, er handle als „defensor pupilli“, denn ihm handelt es sich nicht nur darum, sich selbst zu befreien, sondern auch darum, dem Pupillen

---

11) Zu dem Ausdrücke „defendere“ vgl. l. 1. §. 14. D. 49. 4 oben und §. 6 unten.

in dem Nominanten den geeigneteren Tutor zu erhalten, denn potiorum nominare kann nur ein ernannter Tutor.

All dies stellt sich noch klarer heraus, wenn wir die Prozessbegehren näher in's Auge fassen. Der Exkusant und der Nominat begehren von der Last der übertragenen und der Uebertragung der Last der Tutel befreit zu werden, der erste um seines privilegium willen, der andere, weil er seine bessere Eignung leugnet. Der Nominant und derjenige, der den Tutor erbeten, begehren, dass dem Pupillen der Genannte oder der als geeigneter Bezeichnete zum Tutor gegeben werde. Der erste wird zwar durch Ernennung des Genannten selbst frei, aber im Interesse des Pupillen<sup>12)</sup>, denn dieser hat einen besseren Tutor erhalten; der zweite hat selbst kein, auch nur mittelbares Interesse.

Auch hier, wie in den Fällen des *lege agere alieno nomine* gilt<sup>13)</sup>, dass die im Prozesse erstrittene Sentenz unmittelbar und direkt für einen Dritten Wirksamkeit hat. Durch Zurückweisung der *excusatio* oder Genehmigung der *nominatio potioris* erhält ein Dritter, am Prozesse Unbetheiligter einen Tutor; im entgegengesetzten Falle bleibt er ohne solchen, oder behält den bereits ernannten. Wer in diesen Prozessen als „*defensor pupilli*“ figurirt, der prozessirt wahrhaft „*pro tutela*“ d. h. im Interesse der Existenz einer den Bedürfnissen des Pupillen angemessenen Vormundschaft<sup>14)</sup>. Die Fälle der Defension des Pupillen hätte nun etwa ein röm. Jurist im Anschluss an die Konstruktion der l. 20 pr. D. 49. 1 dahin ausgedrückt und zwar jeden einzeln:

---

12) Wie sehr die Römer auf baldige Bestellung des geeignetsten Tutors Gewicht legten, dafür, statt anderer Belege, nur die Motivirung der *oratio* des Kaisers Severus in Vat. Fragm. §. 158: *promiscua facultas potioris nominandi . . . ipso tractu temporis pupillos fortunis suis privabit.*

13) Vgl. §. 1 oben. — Insofern gehören diese Prozesse in die oben S. 20, 3 bezeichnete Kategorie.

14) Dass dies der Sinn des „*pro tutela agere*“ ist, darüber s. u. §. 4.

. . . . . *et qui de recipienda*<sup>15)</sup> *tutela cum eo, qui se excusat, agit* und

. . . . . *et qui de recipienda tutela cum eo, quem potiore nominavit, agit, oder*

. . . . . *et qui de non recipienda tutela cum eo, qui eum potiore nominavit, agit.*

Auf welche Weise die justinianischen Kompilatoren aus diesen oder ähnlichen Wendungen, wie sie Modestin angewendet haben mag, zu dem uns vorliegenden Pandekten-texte kamen, ist allerdings unerfindlich. Jedenfalls ist die Korruptel eine der bedenklichsten, denn sie verkehrt geradezu den Inhalt der modestinischen Stelle.

Für unsere Hauptfrage, was unter dem pro tutela in pr. J. 4. 10 zu verstehen sei, liefert Modestin's l. 20 pr. D. 49. 1 keinen Beitrag, denn das Recht der Exkulation und Nomination ist erst in der Kaiserzeit entstanden, und unsere Belegstellen stammen aus einer Zeit, in der die legis actiones mit diesen Fällen in keine Berührung kamen<sup>16)</sup>.

Es erübrigt noch die Stelle aus der griechischen Parafrase zu dem Institutionentitel 4. 10. Dieselbe lautet im Zusammenhange nach dem Texte bei Reitz:

*Καὶ alieno nomine κινῶμεν ὅλον ὡς προκουράτωρες ἢ ἐπιτροποι ἢ κουράτωρες. Τοῦτο δὲ κατὰ τὸ σήμερον κρατοῦν· πάλαι γὰρ οὐκ ἦν ἐν πολιτείᾳ τὸ δύνασθαι alieno nomine κενεῖν, εἰ μὴ ἐπὶ φανερῶν αὐτιῶν. Nun wird gesagt, dass ὑπὲρ τοῦ δήμου und ὑπὲρ ἐλευθερίας alieno nomine prozessirt werden konnte, das letztere insbesondere näher motivirt. Dann heisst es weiter: Ἐτι δὲ καὶ ὑπὲρ ἐπιτροπῆς. πολλὰ γὰρ ἐδεῖτο ποίπιλλος ἐπιτρόπου καὶ δύο ἐμάχοντο περὶ τοῦ τίνα δεῖ ἐπιτροπεῦσαι· προδήλον ὅτι εἰς νικήσει. ὁ δὲ ἡττηθεὶς εὐρίσκετο alieno nomine κινῶν τουτέστιν δικαζόμενος ὑπὲρ ἐπιτροπῆς τῆς μὴ διαφερούσης αὐτῷ, ὡς τὸ τέλος ἐδίδαξεν τῆς δίκης.*

Die Parafrase schliesst sich an die kaiserlichen Institutionen an und erläutert die Aussage der Institutionen,

15) Vielleicht stand ursprünglich: *de suscipienda* . . .

16) Gaius IV. §. 31.



es sei gestattet gewesen auch „pro tutela“ zu prozessiren in folgender Weise: „Oft bedurfte der Pupille eines Vormundes, und zwei stritten darüber, wer Vormund sein soll, i. e. wen die Pflicht zur Vormundschaft treffe <sup>17)</sup>. Klar ist, dass einer siegen werde.“ Der Thatbestand, wie er hier beschrieben wird, passt vollkommen auf den Nominationsprozess. Der Nominant und Nominat streiten darüber, wer potior sei und wen daher die Verpflichtung zur Uebernahme der Tutel treffe.

Nun folgt bei Theofilus die Auseinandersetzung, warum man in solchem Falle „alieno nomine“ prozessire — eine Auseinandersetzung, die stets den lautesten Widerspruch hervorgerufen hat — vgl. Reitz II p. 861. Theofilus sagt nämlich: „Man fand, der Besiegte habe „alieno nomine“ prozessirt, d. h. für eine Tutel, welche ihm nicht gebührte, wie der Ausgang des Prozesses zeigte.“ Unmöglich kann dies dahin aufgefasst werden, die Partei handle „alieno nomine“, weil sie dem Prozessgegner zum Siege ver helfe, also eigentlich *adversarii nomine*; das „alieno nomine“ kann nur die negative Bedeutung haben, die Partei handle nicht suo nomine, oder positiv, wenn man will, sie handle „pupilli nomine“. Alieno nomine handle die Partei, weil sie für eine Tutel d. h. im Interesse einer Tutel <sup>18)</sup> prozessire, die ihr nicht zustehe. Teilweise ist dies korrekt, unrichtig ist aber, dass Theofilus die Antwort auf die Frage, wer alieno nomine prozessirt habe, davon abhängen lässt, wer besiegt sei, diesen als Prozesspartei alieno nomine, den Sieger suo nomine handeln lässt. Dass und wer alieno nomine prozessire, muss notwendig im Prozessbeginne feststehen, lässt sich nur nach

---

17) Reitz übersetzt: „*ac duo litigabant de eo, uter tutor esse deberet*“; passender wäre wol: „*utrum tutorem esse oporteret*“. —

18) Es heisst bei Theofilos: ὑπὲρ ἐπιτροπῆς, wie vorher ὑπὲρ ἐλευθερίας und ὑπὲρ δῆμου und das soll wol doch nur eine Uebersetzung des „pro tutela, pro populo, pro libertate“ sein; unrichtig ist daher die Uebersetzung bei Reitz: „*de tutela litigasse*“.

dem Inhalte der Prozessbehauptungen und Prozessbegehren entscheiden.

Unkorrekt ist ferner, dass sich Theofilos so ausdrückt, als ob es sich um eine *vindicatio tutelae* handeln würde — *τῆς μὴ διαφερούσης αὐτῶ* — obwohl damit der Eingang seiner Erklärung in Widerspruch steht und von einem *agere alieno nomine* dabei keine Rede sein kann. Nach dem Eingange handelt es sich um beiderseitige Ablehnung, nicht um beiderseitige Inanspruchnahme der Tutel; entschieden soll werden, wer zur Vormundschaft verpflichtet ist, nicht wer ein Recht auf sie hat. Während also der erste Satz bei Theofilos nur und zwar deutlich auf die *nom. potioris* hinweist,<sup>19)</sup> enthält der zweite Satz einige Gründe zu Bedenken, die aber in der gewiss nur mangelhaften Kenntnis des Institutes in der Zeit der Verfassung der Parafrase hinreichende Widerlegung finden. Dieser zweite Satz, welcher für den ersten, beziehentlich für dessen Zugehörigkeit an diese Stelle, eine Art Legitimationsbeweis erbringen soll, kann leichthin bloss ein Gedanke des Verfassers der Para-

---

19) Das deutet Schrader in seiner Institutionenausgabe an (zu J. 4. 10), seine Anregung ist aber, so viel ich sehe, nicht weiter benutzt worden, allerdings fügt er bei, *in ea causa utraque pars potius sibi, quam pupillo litem gerit*. Die anderen Erläuterungen sind zumeist über das Erstaunen und das Verwerfen der Theofilusstelle nicht hinausgekommen. Vgl. Keller, C. Pr. §. 54 N. 631: „im Zweifel, ob dies rein absurd oder nur eine gute Nachricht schlecht benützt sei“; Hotomannus bei Reitz a. a. O. „*nil obtusius dici potest*“; Ferrini in seiner Ausgabe der Parafrase (welche leider derzeit noch nicht bis zum Titel 4. 10 reicht) S. X. *inaudilum*. Rümelin a. a. O. S. 30 „anerkanntermassen sinnlos“. Vgl. auch Zimmern, Geschichte des r. R. II S. 466, bes. N. 16, Keller a. a. O., Bethmann-Hollweg, C. Pr. I S. 110 N. 8, Karlowa C. Pr. zur Zeit der Legisactionen S. 355, Voigt, Zwölf Tafeln I S. 573 N. 4. Die herrschende Lehre hat sich einfach über die ganze Stelle hinweggesetzt. Die Erklärungen aber, welche Zimmern, Puchta und Scheurl in Anklammerung an das „*pro tutela agere*“ der Institutionen versuchten, tragen den Stempel des Notbehelfes an der Stirn. S. darüber Rümelin a. a. O. S. 28 fg.

frage sein. Er fand wol, — wie ihm dies auch sonst nachgewiesen werden kann, — in den von ihm benützten, uns verloren gegangenen Schriften römischer Juristen, vielleicht gerade in Modestin's *liber singularis de praescriptionibus*, eine Notiz darüber, dass im Nominationsprozesse alieno nomine prozessirt werde und gab für die Thatsache die ihm passend scheinende Erklärung.

Wol ist befremdlich, dass die Aeusserung des Theofilos sich auf eine Institution beziehen soll, die erst Jahrhunderte nach der lex Aebutia aufkam. Aber Theofilos spricht nur davon, dass *πάλαι* olim,<sup>20)</sup> das alieno nomine agere unzulässig war und nirgends von der Zeit der legis actiones. Dies *πάλαι* konnte er ebenso in die Zeit der klassischen Juristen verlegen, wie Justinian etwa die letzteren in l. 8 C. 8. 41. als veteres bezeichnet und dies umsomehr, als es sich hier um ein zu Justinian's Zeit bereits entschwundenes Institut handelte.<sup>21)</sup> Für welche Zeit dabei Theofilos das Aufkommen des alieno nomine agere annahm, lässt sich nicht sagen. Jedenfalls steht fest, dass wir aus Theofilos ebensowenig Aufklärung über die Fälle des pro tutela agere in der Legisactionszeit wie aus Modestins l. 20. pr. D. 49. 1. erhalten.

### §. 3.

#### Die herrschende Lehre. — Die Bedürfnisfrage.

Nach dem im §. 2. Ausgeführten muss wol darauf verzichtet werden, über das lege agere pro tutela aus Theofilos eine Aufklärung zu erhalten. Wir bleiben daher auf die anderen Quellen verwiesen, und in der That sind die bisherigen Untersuchungen darauf ausgegangen, das anderweitig gewonnene Resultat lediglich mit Theofilos in Einklang zu bringen. Unter den der Institutionenstelle (pr. J. 4. 10) gegebenen

20) Dazu Theof. zu J. 2. 18 in §. 3.

21) Eine Versuchung lag nahe genug. Hatte doch erst Justinian durch l. 1 C. 7. 17. de assert. toll. das pro libertate agere abgeschafft und das *πάλαι* konnte sich da auf eine spätere Zeit, als auf die der ausschliesslichen Herrschaft der Legisaktionen beziehen.

Deutungen behauptet heute den ersten Platz die, dass unter dem *pro tutela agere* der Prozess des *Tutors pupilli nomine* <sup>1)</sup> zu verstehen sei. Wie also im Formularprozesse der Tutor als Kläger und Geklagter *pupilli nomine* und zwar nach den für die Prokuratur geltenden Grundsätzen auftreten kann, so soll dies auch schon im Systeme der Legisaktionen möglich gewesen sein. Allerdings sind die Verteidiger dieser Auffassung über die Tragweite dieser prozessualen Vertretung nicht einig. Während Einzelne dem Tutor ein solches Recht nur in Bezug auf *infantes*, *qui fari non possunt*, einräumen, machen andere eine solche Beschränkung nicht geltend. <sup>2)</sup> Die herrschende Lehre ruft sich auf das Bedürfnis des Vorhandenseins einer solchen Vertretung und auf die *lex Hostilia*; ihr stehen im Wege der Wortlaut der Institutionen und die spätere Entwicklung. Ausserdem kommt, was bisher kaum beachtet wurde, auch in Frage, wie es mit der Intervention des Tutors im Inoffiziositätsprozesse des Pupillen in klassischer Zeit stand.

Das Hauptgewicht legen die Vertreter der herrschenden Lehre auf das Bedürfnis. Es lässt sich auch thatsächlich nicht in Abrede stellen, dass die Unmöglichkeit der Prozessvertretung der Pupillen schlechthin oder der *infantes* eine Lücke in der Organisation des Rechtswesens im alten

---

1) Unsere Untersuchung hat sich auf die *tutela impuberum* zu beschränken. Auf die *tutela mulierum* kann die hier zu erörternde Frage sich nicht beziehen, da *mulieres* immer nur der *auctoritas* bedürfen. Wegen der *cura prodigi* und *furiosi* ist weitere Untersuchung nicht erforderlich, denn die für die Tutel gewonnenen Resultate haben gewiss auch Geltung für diese zwei, der Legisaktionszeit bekannten Fälle der *cura*. Vgl. Voigt Zwölf Tafeln I. S. 573.

2) Vgl. Jhering Geist des r. R. II. S. 186 N. 111, Voigt Zwölf Tafeln I. S. 302, S. 573, II. S. 408, 409; Keller C. Pr. §. 54, Eisele Cogn. u. Proc. S. 54; Rümelin a. a. O. S. 35. S. auch die von Reitz a. a. O. citirten. Gegen die herrschende Lehre haben sich ausgesprochen: Rudorff, Recht der Vormundschaft II. S. 465 (vgl. Rechtsgesch. II. S. 70); Scheurl Beiträge II. S. 11; Klentze Ztschrft. für gesch. Rechtswissenschaft VI. S. 48. S. auch §. 5 unten.

Rom aufweisen würde, eine Lücke, die die Stellung solcher Pupillen vielfach prekär machen musste. Andererseits allerdings muss konstatiert werden, dass sich solche Lücken auch sonst fanden, und dass der Rechtsschutz für den Pupillen und gegen denselben auch noch in der Zeit des Formularprozesses vielfach lückenhaft war.

Zunächst ist wohl der Umfang des Bedürfnisses nach einer Prozessvertretung festzustellen.

Nach l. 1. §. 2 D 26. 7. de adm. et per. (Ulpian.):  
*. . . Licentia igitur erit, utrum malint ipsi suscipere iudicium an pupillum exhibere, ut ipsis auctoribus iudicium suscipiatur: ita tamen, ut pro his, qui fari non possunt vel absint, ipsi tutores iudicium suscipiant, pro his autem, qui ultra septimum annum aetatis sunt et praesto fuerint, auctoritatem praestent:*  
 treten in klassischer Zeit *infantia maiores* ohne weiteres selbst als Prozesspartei auf, und dem Tutor liegt nur ob, für solche, die *fari non possunt*, die noch nicht artikuliert sprechen können, und für Abwesende die Prozesse *tutorio nomine* zu führen. Zwingend ist nun gewiss der Schluss, dass, wo im Formularverfahren des Pupillen eigenes Auftreten die Regel war, umsomehr im Legisaktionenprozesse der Pupille selbst zu klagen hatte. Da der Fall der Abwesenheit wenigstens in älterer Zeit nicht leicht vorkam, so kann der *impubes*, wo sein rechtliches Interesse oder das des Dritten die Beschreitung des Prozessweges erheischte, selbst nur dann nicht am Prozesse Teil nehmen, wenn er zu denen zählt, *qui fari non possunt*. Die Bestimmung der Altersgrenze der *infantia* mit 7 Jahren rührt erst aus späterer Zeit her,<sup>3)</sup> in der Zeit der Legisaktionen liess man es wol bei dem natürlichen Kriterium des *fari posse*, dem Sprechenkönnen, bewenden. Ein Kind, das sprechen konnte,

---

3) Pernice Labeo I. S. 214, Buhl Salvius Julianus S. 150. Dagegen soll nach Voigt Zwölf Tafeln I. S. 314 (Jus nat. III. S. 203) als Altersgrenze in Rom seit je das 7. Lebensjahr gegolten haben. Doch scheinen mir Voigts Ausführungen insbesondere am letzteren Ort nicht überzeugend.

Hruza, l. a. pro tut.

d. h. die Worte gemäss dem grammatischen und lexikalischen Regeln der Sprache setzen konnte,<sup>4)</sup> gleichviel, ob es dem Inhalte und der Tragweite des Gesprochenen Verständnis entgegenbrachte,<sup>5)</sup> konnte *tutore auctore* unzweifelhaft die Legisaktionen selbst vornehmen. Diese Fähigkeit aber war gewiss in den meisten Fällen vor dem 7. Lebensjahre erreicht, oft mit dem 3. und 4. Lebensjahre vorhanden.

So schränkt die Notwendigkeit des selbständigen Eingreifens des Tutors auf ein verhältnismässig nur geringes Gebiet ein. Und gerade für dieses Gebiet fehlt es uns an Quellenzeugnissen, welche die Möglichkeit des prokuratorischen Prozessirens des Tutors für den *infans* bezeugen oder negiren würden. Aus dem Bedürfnisse einer solchen Vertretung kann aber nicht ohne weiters auf das Vorhandensein derselben geschlossen werden, und dies umsoweniger, als noch in klassischer Zeit der Rechtsgang vielfach durch die *infantia* eines der Beteiligten eine Hinderung und Hemmung erfuhr.

1) Da der Tutor *in rem suam* nicht auktoriren konnte, sollte der Prätor, wenn eine *legis actio* zwischen dem Pupillen und Tutor stattzufinden hatte, einen s. g. „*tutor praetorius*“ ernennen, der dem Pupillen als *auctor* dienen sollte<sup>6)</sup>. Gaius bezieht diesen Fall der Tutorenernennung nur auf *legis actiones*, während Ulpian dieselbe auch bei *legitima iudicia* für nötig hält. Für andere Prozesse genügte jedenfalls die Bestellung eines Tutor oder *curator ad litem* schon in klassischer Zeit. Hieher gehört l. 3. §. 2. D. 26. 1. de *tutelis* von Ulpian:

*Si pupillus pupillave cum iusto tutore tutorve cum eorum quo litem agere vult et curator in eam rem petitur, utrum ipsis poscentibus datur an vero et adversario? . . . .*

4) Voigt Zwölf Tafeln a. a. O. Jus nat. III. S. 202 N. 267.

5) S. Belege bei Pernice a. a. O. S. 212 N. 26.

6) Gaius I. §. 184., Ulp. fragm. XI, §. 24., §. 3 J. 1. 21 de auct., l. 3 § 2. D. 26. 1. de *tutelis*. Rudorff Recht der Vormundschaft I. S. 389 fg.

*denique Cassius libro sexto scripsit talem curatorem neminem dari posse nisi praesentem neque cuiquam nisi praesenti et postulanti: itaque infanti dari non potest* <sup>7)</sup>).

Mit Recht bezeichnet Rudorff <sup>8)</sup> die Stelle als zweimal interpoliert. Bei Ulpian stand wol „*lege agere vult et tutor in eam rem*“ u. s. f. Beide Aenderungen hängen zusammen, da nur so weit das *lege agere* in Frage kam, wegen der notwendigen *auctoritatis interpositio* ein sog. tutor praetorius bestellt werden musste, auf dem Gebiete des Formularprozesses aber ein curator bestellt werden konnte, und zwar wol auch ohne Zustimmung des Pupillen <sup>9)</sup>. Bei Bestellung des tutor praetorius verlangen Gaius Cassius und Ulpian Gegenwart und Begehren des Pupillen; daher musste, wo der Pupill wegen infantia nicht das Begehren stellen konnte, die Prozessführung wegen Unmöglichkeit der Bestellung eines auktorirenden tutor praetorius unterbleiben. Hier hemmt also die infantia die Rechtsverfolgung des Tutors sowie des Pupillen. — Impuberes maiores infantia hingegen werden eventuell durch praetorischen Zwang zur Postulation eines Tutors verhalten <sup>10)</sup>.

2) Nach dem *senatusconsultum Pegasianum* kann der Fiduciar vom Universalfideicommissar zur Antretung der Erbschaft verhalten werden. Dies erfolgt durch Klage <sup>11)</sup>.

---

7) Vgl. auch l. 24 pr. D. de adm. et per. 26. 7. von Paulus, wo die Kompilatoren wahrscheinlich statt *cognitor* — *procurator* setzten. Doch handelt es sich hier um Prozesse mit Dritten.

8) Vgl. Recht der Vormundschaft I. S. 390 N. 3, 394 N. 16.

9) Nach l. 2. §. 3. D. qui pet. 26. 6. von Modestin. Vgl. Rudorff a. a. O. S. 396, 416. — Die Kompilatoren hätten die Stelle streichen müssen, da zu ihrer Zeit ein Anlass zur Bestellung eines tutor praetorius nicht mehr eintreten konnte, und in anderen Fällen die Bestellung des tutor oder curator ad litem auch ohne Begehren des Pupillen schon in klassischer Zeit erfolgen konnte.

10) L. 3. §. 2 cit. in fine.

11) Windscheid Pandekten III. §. 664 N. 7. Doch ist dies nicht unbestritten; für unsere Frage kommt darauf, ob wir es mit einem Prozesse zu thun haben oder nicht, aber nichts an.

Wo der Pupill infantia maior ist, tritt er auctore tutore auf und stellt das Begehren auf Zwang gegen den eingesetzten Erben. In Bezug auf den infans pupillus heisst es in l. 67 §. 3. D. 36. 1. ad senest. Trebellianum (Maecianus):

*Si autem heres recusat adire hereditatem, quemadmodum res expediri possit, difficile est, quia neque tutore desiderante periculo pupilli adiri hereditatem Trebelliano senatusconsulto locus sit futurus neque pupillus ipse id desiderare possit, cum dari non possit.*

Maecianus bezeichnet es also als schwierig, dem infans zu helfen, weil des Tutors Begehren allein die Folge nicht haben kann, dass die Wirkungen des sc. Trebellianum eintreten, der infans aber unermöglich ist, das Begehren selbst zu stellen. Allerdings kommt Maecian im Verfolg der Stelle <sup>12)</sup> nach Analogie der Grundsätze über gestio pro herede und adgnitio der bonorum possessio des Tutors für den Pupillen zu dem Schlusse, das zur Ausübung des Antrittungszwanges das Begehren des tutor infantis allein ausreiche; aber diese Lehre repräsentirt gewiss einen Fortschritt gegenüber der Zeit, da die bezeichneten Schwierigkeiten unlöslich waren. Auch hier also stand die infantia der Geltendmachung der Rechte des Pupillen entgegen.

3) Hier soll nur noch darauf verwiesen werden, dass die dem infans deferirte civile Erbschaft, wenn er nicht suus heres war, erst nach einem Gesetze Theodosius II. und Valentinians (l. 18. §. 2. C. 6. 30. de i. del.) von dem tutor desselben für ihn erworben werden konnte <sup>13)</sup>.

---

12) Der Schluss der Stelle lautet: *sed et infanti non dubito omnimodo subveniendum idque ex similitudine iuris civilis vel honorarii constituendum est: sive enim heres institutus esset, non dubie pro herede tutore auctore gerere posse videtur, sive de bonorum possessione ageretur, peti ei per tutorem potest. ideoque et heres compelli per tutorem potest adire et restituere hereditatem.*

13) S. auch l. 67 §. 3. D. 36. 1. Dagegen ist bei der petitio der bon. poss. Stellvertretung zugelassen, daher kann auch der tutor dem infans dieselbe erwerben. L. 11. D. 26. 8. de auct., l. 7



In den zwei ersten Fällen haben wir es entschieden mit gerichtlichen Handlungen zu thun. In beiden Fällen wird darauf gehalten, dass der Pupille selbst einschreite, und wo das wegen *infantia* unthunlich ist, kann es eben zu den fraglichen Wirkungen nicht kommen. Darin klingt das Princip der *Legisactionen*, dass Jeder lege selbst *agere* müsse, durch.

Hier war auch eine Aushilfe durch das *agere tutorio nomine*, das nur durch die Umstellung der Namen in der formula ermöglicht wurde, nicht zu finden, da es zu Formelerteilung und *iudicium* überhaupt nicht kam <sup>14</sup>). Der Grundsatz, dass eine Vertretung bei gerichtlichen Handlungen unzulässig sei, gelangt hier zur Anwendung, obwol keine *legis actiones* in Betracht kommen, und obwol er, wo *formulae* mit Namenumstellung erteilt werden, bereits auch zu Gunsten des Pupillen durchbrochen ist. Wäre dies möglich gewesen, wenn schon in der *Legisactionenzeit* der Tutor für den *infans* hätte prozessiren können? Ausserdem kommen eine Reihe von Punkten in Betracht, welche gleichfalls von altersher vorhandene Lücken in dem Rechtsorganismus des röm. Rechts markiren.

1) Die Abwesenheit <sup>15</sup>) des römischen Bürgers machte ihm, sowie seinen Gegnern die Rechtsverfolgung geradezu unmöglich. In der Zeit der Abwesenheit konnte er sich gegen Diebstahl ebensowenig schützen, als dagegen, dass eine ihm angefallene Erbschaft von Anderen durch *usucapio* erworben wurde. Ebenso war ein Prozess gegen ihn unmöglich. Dies galt auch bei denjenigen, welche durch capti-

---

pr. §. 1. §. 2. I. 8., I. 11., I. 15. D. 37. 1 de bon. poss. Vgl. Voigt Zwölf Tafeln II. S. 409. Brinz Pand (2. Aufl.) III. S. 188. N. 25.

14) Auch die bon. poss., die durch Vertreter aller Art erbeten und erworben werden kann, kann nicht entgegengehalten werden, denn sie ist rein praetorischen Ursprunges, während unsere beiden Fälle in das Reich des *ius civile* und *ius extraordinarium* (Kuntze die Obligation. S. 310 fg.) fallen Auch gehört die *cognitio* im zweiten Falle vor den praetor *fideicommissarius* (Gaius II. §. 278.)

15) Vgl. Voigt Zwölf Tafeln I. §. 30.

vitas ihr caput verloren, und nur die Aussicht behielten, iure postliminii in ihre rechtliche Lage zurtückzutreten. Die Unsicherheit der Rückkehr, die thatsächliche Herrnlosigkeit des Vermögens<sup>16)</sup>, der Mangel eines Subjektes brachten rechtliche Unsicherheit mit sich, die in ältester Zeit, da die procuratio absentis noch nicht in Uebung war, immerhin empfindlich werden konnte<sup>17)</sup>.

2) Vor der lex Atilia, die wol nicht vor das 5. Jahrhundert der Stadt gesetzt werden kann, gab es gewiss impuberes, die keiner tutela testamentaria oder legitima unterstanden, die daher mangels eines tutor keine legis actio vornehmen konnten. Ebenso stand es, wenn der Vater des impubes in feindlicher Gefangenschaft sich befand (l. 6. §. 4. D. 26. 1. de tutelis), oder wenn der tutor in Gefangenschaft geriet, abwesend war oder wahnsinnig wurde l. 1. §. 2. D. 26. 4. de leg. tut.). In solchen Fällen gewährte in späterer Zeit die Bestellung eines Tutor oder Curator Abhilfe. Vor der lex Atilia kann aber wol an solche Aushilfe nicht gedacht werden<sup>18)</sup>. In beiden Fällen traf die Unmöglichkeit des Prozessirens auch impuberes, die *fari possunt*.

---

16) Anders nach Voigt a. a. O. S. 289, der die captivitas in ihrer Wirkung der Abwesenheit gleichstellt. Dagegen etwa l. 19. D. 4. 6. qu. ex c.: *poterant tamen, qui in hostium potestate essent, illa parte edicti contineri, qua loquitur de his, qui in servitute fuerint* (Callistratus). Kuntze Excursus S. 162.

17) Buhl a. a. O. S. 253 hält die Schwierigkeiten in älteren Zeiten nicht für erheblich, da die Feldzüge nur kurze Zeit dauerten, aber selbst die kürzeste Zeit genügt, um den Rechtsschutz als lückenhaft bezeichnen zu können. Vgl. Ihering Jb. für Dogm. X. S. 427.

18) L. 6. §. 2. D. 26. 1. de tut.: *Tutoris datio neque imperii est, neque iurisdictionis, sed ei soli competit, cui nominatim hoc dedit lex vel senatusconsultum vel princeps*. A. M. Wlassak Krit. Studien zur Theorie der Rechtsquellen, S. 26 fg., der die tutoris datio, weil sie zur Oberamts Gewalt gehört, schon vor der lex Atilia für möglich hält. S. dagegen und für die herrschende Lehre Pernice in der Festgabe für Beseler S. 53. N. 1.

3) Stumme und Taube konnten an den *legis actiones*, die mündliche Sollennitäten waren, nicht teilnehmen, und waren daher von allem Prozessiren ausgeschlossen. Das in der Zeit des Formularprozesses mögliche Mittel der Bestellung eines *advocatus* (l. 1. §. 3. §. 4. D. 3. 1. de post.) versagte bei den *legis actiones*, die persönliche Vornahme heischten. Auch lässt sich an die Bestellung eines *curator*, wie in der Kaiserzeit, nicht denken<sup>19)</sup>.

4) Hier ist auch die *lex Hostilia* zu betrachten. Die einzige Nachricht, welche wir von derselben besitzen, enthält pr. J. 4. 10, wo das *lege agere ex lege Hostilia* unter den Fällen genannt wird, in denen ein *lege agere alieno nomine* zulässig war. Es heisst dort:

*Praeterea lege Hostilia permissum est furti agere eorum nomine, qui apud hostes essent aut rei publicae causa absent<sup>20)</sup> quive in eorum cuius tutela essent.*

Man darf wol dabei nur an die *actiones furti*, nicht aber auch an die *condictio furtiva* denken, obwol der letzteren Zurückreichen in die *Legisactionszeit* nicht als unmöglich bezeichnet werden kann<sup>21)</sup>; die *actiones furti* sind aber Strafklagen und es lässt sich die Gestattung der Anstellung derselben für Abwesende durch das *odium furum*<sup>22)</sup> leicht erklären. Dieser Gesichtspunkt wird auch ausreichen müssen, um die Thatsache zu erklären, dass ein *furtum* ange-

19) Voigt Zwölf Tafeln II. S. 720 fg. Pernice Labeo I S. 234.

20) Die Beschränkung auf die in der Stelle genannten Fälle der *absentia* ist jedenfalls auffallend. Es ist schlechterdings nicht einzusehen, warum es dem Dieb, der einen freiwillig Abwesenden bestahl, besser ergehen sollte, als demjenigen, der einem *rei publicae causa absens* entwendete. Vielleicht diene den Verfassern der Institutionen oder ihrer Quelle das Edict l. 1. §. 1. D. 4. 6. ex qu. c. zur Ergänzung einer Lücke. Vgl. Bechmann das *ius postliminii* und die *lex Cornelia* S. 69.

21) Bekker Aktionen I. S. 105.

22) §. 14 J. 4. 6, Gaius IV. 4. *plane odio furum, quo magis pluribus actionibus teneantur*. Gleicher Ansicht ist Schrader Institutiones zu J. 4. 10.

nommen wird, wo wie bei Kriegsgefangenen, an eine im Eigentume stehende Sache nicht gedacht werden kann<sup>23)</sup>. Für die hier vertretene Ansicht legt die lex Hostilia Zeugnis ab, dass vor ihrer Erlassung der *captivus*<sup>24)</sup> überhaupt, der Abwesende aber während der *absentia* gegen ein *furtum* schutzlos waren, insbesondere, dass die *actio furti manifesti* ihnen versagt war. Die letztere setzt ein *deprehendere* voraus, das in späterer Zeit von wem immer, in ältester Zeit vielleicht aber nur von dem Bestohlenen erfolgen konnte, sollten die von den 12 Tafeln statuirten Folgen eintreten<sup>25)</sup>. Das war nun bei Abwesenheit unmöglich, und um Diebe nicht straflos ausgehen zu lassen, wurde durch die lex Hostilia gegen den *fur* jedem, *qui volet*, die *actio furti manifesti* gegeben, die durch die *manus iniectio* zur *Addiktion* führte (Gaius III. §. 189), selbstverständlich nur, wenn der *fur* bei dem *furtum* *deprehendit* wurde. Ausserdem mochte die lex Hosti-

23) Einfach stellt sich nach dem in N. 16 Bemerkten die Sache nach Voigt a. a. O. I. S. 292, 574. Vgl. Pernice Labeo I. S. 378, I. 18. §. 5 D. 3. 5 de neg. g.

24) In l. 41 pr. D. 47. 2 de furtis weist Ulpian nicht ohne Zögern darauf hin, dass der heimgekehrte *captivus* die *actio furti* wegen Entwendungen anstellen könne; wahrscheinlich gab es vor ihm und neben ihm Juristen, welche dies leugneten. Vgl. Hase Das ius postliminii und die fictio l. Corn. S. 115 fg., Bechmann a. a. O. S. 67 fg. A. M. Ihering Jahrbücher f. Dogmatik X. S. 431 N. 51, der die Stelle damit in Zusammenhang bringt, dass die Popularität der noch zu Ulpians Zeit bestehenden *actio ex lege Hostilia* Zweifel an der Klagbefugnis des Heimgekehrten begründete; doch ist dieser Zusammenhang bei Fehlen anderer Zeugnisse äusserst problematisch.

25) Für die spätere Zeit s. l. 3. §. 1. l. 7. §. 3. D. 47. 2. de f. l. 24. §. 2. D. 22. 1 de us. Vielleicht deutet es auf frühere abweichende Meinungen hin, wenn Ulpian in l. 7. §. 3 von Celsus berichtet:

*parvique referre putat, dominus an vicinus an quilibet transiens deprehendat.*

Wie das *deprehendere* in Bezug auf den objektiven Thatbestand Wandlungen durchgemacht hat (Voigt a. a. O. II. S. 559. N. 24),

lia auch das *quaerere lance et licio* <sup>26)</sup>, das ja auch zur *actio furti manifesti* führte, jedem, *qui volet*, gestattet haben <sup>27)</sup>. Die Klage wegen *furtum nec manifestum* ging aber schon nach den 12 Tafeln nur auf das *duplum*. Dieselbe dem Popularkläger einzuräumen, war kein so dringender Anlass vorhanden <sup>28)</sup>, wie ja auch die *rei vindicatio* zur Herbeischaffung der entwendeten Sache nicht durch die *lex Hostilia* dem Klagrechte jedes Beliebigen anheimgegeben wurde. Allerdings folgt aus dieser Annahme der Vorwurf der Ungenauigkeit gegen die Institutionenstelle. Aber die Institutionenstelle ist sicher in einer Richtung ungenau, da sie von der Popularität der *hostilianischen Klage*, von der die Parafrase des Theofilos Nachricht gibt, nichts sagt. (S. oben §. 1. N. 24) Zum anderen spricht für die hier vertretene Annahme, dass wir ausser in den Institutionen keine Spur von unserer Klage finden. Bezog sich dieselbe lediglich auf *furtum manifestum*, so ist ihr Verschwinden wol begreiflich, da der Prätor keinen Anlass haben mochte, bei Einführung der Strafklage auf *quadruplum* ihren Inhalt in das *Album* aufzunehmen <sup>29)</sup>, so dass sie mit der Zwölftafelklage we-

---

kann Gleiches auch in Bezug auf die subjektive Seite wahr sein. A. M. Voigt a. a. O. S. 560. S. auch Ihering Geist I. S. 128 fg.

26) Gaius III. §. 192—194; Gellius XI. 18. §. 9.

27) Ob diese Klagen im Interesse des Abwesenden oder im Interesse des Klägers selbst gegeben wurden, lässt sich nicht konstatiren, noch weniger, ob eine *neg. gest. actio* dem Heimgekehrten gegen den Kläger gegeben wurde, wie Rümelin a. a. O. S. 47 will; doch scheint mir das letztere nicht wahrscheinlich. Vielleicht klagte der *hostilianische Kläger* ursprünglich nur und endgiltig für sich und erst in späterer Zeit wurde er zur Herausgabe verhalten.

28) Ihering Geist I. S. 128, 130, Kuntze Excursus S. 565, Gellius XX. 1. §. 7. Beim *furtum nec manifestum* war weder dem Gefühle der Rache beim Verletzten, noch dem Gesichtspunkte der Gemeingefährlichkeit in solchem Masse Rechnung zu tragen, wie beim *furtum manifestum*.

29) Doch war wenigstens in älterer Zeit ein prokuratorisches Klagen für den *captivus* kaum möglich l. 15. pr. D. 4. 6, vgl. l. 18. §. 5. D. 3. 5 de *neg. g.*

gen *furtum manifestum* zugleich verschwand, daher auch in den Schriften der Pandektenjuristen keine Erwähnung fand<sup>30)</sup>.

Die Klage *ex lege Hostilia* sollte aber auch zustehen, wenn das *furtum* an einer unter der Tutel der genannten *absentes* stehenden Person verübt wurde<sup>31)</sup>. Wenn wir dem Wortlaute der Institutionenstelle trauen sollen, so müssen wir annehmen, dass der Popularkläger hier ebenso klagte, wie bei Bestehlung eines *absens*, also selbständig und nicht bloß als *auctor* des Pupillen, wo derselbe *lege agere* konnte, auftrat. Das Gesetz wies also den Klaglustigen nicht an, als *tutor* (etwa *ad actum*) dem Pupillen seine *auctoritas* zu geben, sondern gab ihm eine eigene Klage, wie wenn der Pupill auch abwesend wäre. Diese Bestimmung ergibt ein Doppeltes. Zunächst, dass ein solcher Pupille überhaupt nicht prozessiren kann, da ihm ein anderer als der Tutor nicht auktoriren kann, der Tutor aber abwesend ist<sup>32)</sup>. Dann: dass diese Klage direkt dem Pupillen nützen sollte, ist problematisch, gewiss ist er aber wenigstens in solchen Fällen, für welche die *lex Hostilia* nicht ausreicht, schutzlos geblieben, wie er vor der *lex Hostilia* auch im Falle eines *furtum* schutzlos war.

Eisele<sup>33)</sup> und Rümelin<sup>34)</sup> führen die Bestimmung der *Lex Hostilia* als Argument dafür an, dass auch der *tutor pupilli nomine* klagen konnte, denn was ein *extraneus* konnte und gewiss auch bei einem *infans* konnte, das habe auch dem Tutor gestattet sein müssen. Aber abgesehen davon, dass sich aus der ganz dunklen Natur der *hostiliani*-schen Klage nicht argumentiren lässt, und an eine selb-

30) Wenigstens fehlt jedes verlässliche Zeugnis, s. oben N. 24.

31) Bechmann a. a. O. S. 69 nimmt mit Recht Anstoss daran, dass von der Tutel eines *captivus* gesprochen wurde. Vielleicht liessen die Institutionenverfasser der Kürze halber oder aus Nachlässigkeit etwas aus, etwa zum Schlusse die Worte *vel fuissent*.

32) Und auch kein anderer tutor bestellt werden kann. S. oben N. 18.

33) *Cognitur und Procuratur* S. 54, 55.

34) a. a. O. S. 32.

ständige Klage des Popularklägers gedacht werden muss, muss gegen Eisele und Rümelin darauf verwiesen werden, dass der Pupille in der Regel, wo der tutor auctoriren konnte, selbst klagte, während, wo dem infans entwendet wurde, der Tutor wol von altersher die Klage suo nomine hatte<sup>35)</sup>.

Ist es mir gelungen, darzuthun, dass in Folge der Einrichtung der legis actiones und allgemeiner Grundsätze der Rechtsschutz in einer Reihe von Fällen versagte, dass weiter noch in der Kaiserzeit die infantia vielfach dem Rechtsgange Hindernisse bereitete, so brauche ich wohl nicht anzustehen zu behaupten, dass das Bedürfnis kein Grund war, um der infantes willen das Prinzip zu durchbrechen: *nemo alieno nomine lege agere potest*.

#### §. 4.

Sprachliches; insbesondere Gellius noctes atticae  
V, 13, §. 5.

Nachdem im Vorstehenden festgestellt wurde, dass die Thatsache des Bedürfnisses eines Schutzes der infantes im Legisaktionsprozesse keineswegs den Schluss auf das Vorhandensein eines solchen Schutzes begründet, sind noch einzelne Punkte zu erörtern.

Zunächst steht der Wortlaut der Institutionenstelle mit dem Inhalte des ihm von der herrschenden Lehre Unterstellten in mehrfacher Richtung in Widerspruch. Es heisst

pr. J. 4. 10 h. t.: *Nunc admonendi sumus agere posse quemlibet aut suo nomine aut alieno. alieno veluti procuratorio, tutorio, curatorio, cum olim in usu fuisset alterius nomine agere non posse nisi pro populo, pro libertate, pro tutela.*

Das pro tutela agere kann nach seinem Wortsinn und Zusammenhang keine andere Bedeutung haben als: prozessiren im Interesse der Tutel, d. h. im Interesse der Existenz und gedeihlichen Wirksamkeit der Tutel, wie ja auch

---

35) S. I. 57. §. 4. D. 47. 2. de f.

pro libertate agere nur heissen kann im Interesse der Freiheit und ihrer Anerkennung prozessiren.<sup>1)</sup> Sprachwidrig ist es, mit der herrschenden Lehre zu übersetzen: kraft der Tutel oder für denjenigen der in der Tutel ist (pro pupillo) prozessiren. Keller<sup>2)</sup> allerdings bezeichnet dieses sprachliche Bedenken mit Rücksicht auf Gellius N. A. V, 13 §. 5 als unerfindlich. Sehen wir aber näher zu, so finden wir, dass auch die Stelle aus Gellius, — die einzige,<sup>3)</sup> die für einen der herrschenden Lehre günstigen Sprachgebrauch angezogen wird, — nicht leisten kann, was sie leisten soll. Bei Gellius l. c. heisst es:

*Masurius autem Sabinus in libro iuris civilis tertio antiquiorem locum tribuit hospiti quam clienti. Verba ex eo libro haec sunt: in officiis apud maiores ita observatum est, primum tutelae, deinde hospiti, deinde clienti, tum cognato, postea adfini. Aequa causa feminae viris potiores habitae pupillarisque tutela muliebri praelata.*

Der Text ist nach der Ausgabe von Hertz (1883 I S. 309, 310) wiedergegeben. Gegenüber anderen Ausgaben liest Hertz im letzten Satze aequa statt de qua und muliebri statt mulieri. Beides ist als Konjekture bezeichnet.<sup>4)</sup>

Zweimal wird in dieser Stelle das Wort tutela, das zunächst ein Schutzverhältnis bezeichnet, als gleichwertig neben die Bezeichnungen verschiedener Schützlinge (tutela, cliens, mulier) gestellt, und daraus folgert die herrschende Lehre, dass tutela beidemale die unter Tutel stehenden Personen und nicht das Schutzverhältnis bezeichnen müsse; doch scheint diese Folgerung nicht durchaus stichhaltig. Im ersten lässt sich die fragliche Coordinirung aus Gründen der Eleganz rechtfertigen. Während beim hospes, cliens,

1) Vgl. Klentze in der Zschrft. für geschichtl. Rwf. VI S. 48; Karlowa C. Pr. S. 355, Bekker Aktionen II S. 115 N. 22 i. f.

2) C. Pr. N. 631, Eisele a. a. O. S. 54, Rümelin a. a. O. S. 29, Schrader in seiner Institutionenausgabe zu pr. J. 4. 10.

3) Tutela findet sich zur Bezeichnung des Geschützten auch bei Dichtern, s. die Wörterbücher.

4) Vgl. auch Huschke Jurispr. anteius. S. 124.



cognatus und affinis schon durch das Wort die Art der Beziehung zu dem Verpflichteten fixiert ist, bedarf es bei im- puberes und mulieres erst der Tutel, um Jemand ein offi- cium aufzuerlegen. Mas. Sabinus hätte also, um seinen Ge- danken auszudrücken, sagen müssen: *mulieribus et impu- beribus, qui in nostra tutela sunt*, was zu schleppend gewesen wäre. Daraus nun, dass Sabinus an dieser Stelle statt *qui in tutela est* elliptisch *tutela* setzt, lässt sich nicht schliessen, er habe *tutela* als gleichbedeutend mit *qui in tutela est* (etwa also *pupilli et mulieres*) gebraucht. Bedenk- licher ist der zweite Teil, dessen Sinn allerdings ohne die Konjekturen bei Hertz zweifelhaft bleibt. Vielleicht ist bei dem Worte *mulieri* ein Buchstabe ausgefallen, so dass die Korrektur in *muliebri* nicht bloss Konjektur, sondern Wieder- herstellnng des ursprünglichen Textes ist. Dann steht der *tutela pupillaris* die *muliebris tutela* gegenüber und damit ist die Beweiskraft dieses Teiles der Stelle für die herrschende Lehre völlig beseitigt.

Selbst aber, wenn sich aus Gellius nachweisen liesse, Sabinus habe einmal mit dem Worte *tutela* auch denjeni- gen bezeichnet, der in *tutela* ist, könnte dies keineswegs für einen Sprachgebrauch des Sabinus oder gar späterer Zeiten, aus denen ein ähnliches Zeugnis nicht über- liefert ist, Beweis machen. Noch viel weniger natürlich für die Zeit der Verfassung der Institutionen.

Hätten die Institutionenverfasser unter dem *lege agere pro tutela* das Prozessiren nach Art des *tutorio nomine agere* verstanden, sie hätten unmöglich so schreiben können, wie wir in pr. J. 4. 10 lesen. Es werden als Beispiele des zu Justinians Zeit möglichen *alieno nomine agere*, wie bei Gaius IV §. 82 das *procuratorio, tutorio, curatorio nomine agere* angeführt und daran die Bemerkung geknüpft, dass einst (zur Zeit der Legisaktionen) das *alieno nomine agere* ausser in gewissen Fällen, darunter *pro tutela*, nicht anging. Hätten die Institutionenverfasser das *pro tutela agere* für gleichartig mit dem *tutorio nomine agere* gehalten, wie wären sie dazu gekommen, die genannten Ausdrücke in

solcher Weise in Gegensatz zu bringen?<sup>5)</sup> Wahrscheinlich haben die Institutionenverfasser die pr. J. 4. 10 genannten Fälle in gleicher Form in ihrer Vorlage zusammengestellt gefunden; ist aber dem römischen Juristen, den sie excerpirten, zuzumuten, er habe den Gedanken, schon zur Zeit der Legisaktionen habe der Tutor im Namen des Pupillen prozessiren dürfen, in dieser mindestens zweideutigen Form ausgesprochen?

Und wie hätte die griechische Institutionenparafrase das „Nächstliegende“ übergehen und eine so eigenartige Erklärung (§. 2 oben) aufstellen können, wenn nach der Vorlage der Institutionen und diesen selbst das *pro tutela agere* den Sinn des *tutorio nomine agere* hätte haben müssen? Das Verfahren des Verfassers der Parafrase müsste noch unbegreiflicher erscheinen, als das der Institutionenverfasser, da bei diesen, nicht aber bei jenem die vorgefundene und übernommene Form deutlicherem Ausdruck im Wege stand. Dass der Verfasser der Paraphrase nicht orientirt war, ist schwer anzunehmen.

So vereinigen sich mehrere Gründe, um der herrschenden Lehre ihre Stütze in pr. J. 4. 10 zu entziehen; wir haben im folgenden zu sehen, ob für die herrschende Lehre anderweitige Gründe sprechen.

### §. 5.

#### Rückschlüsse aus dem Klagrechte des Tutors im Formularprozesse.

Wer mit der herrschenden Lehre annimmt, dass zur Zeit der *legis actiones* der Tutor für den Pupillen, wenigstens so lange er *fari non potest*, prozessiren konnte, muss diese prozessuale Vertretung als eine direkte bezeichnen, d. h. als eine solche, welche unmittelbar für den Pupillen dieselben Wirkungen hatte, wie wenn er selbst prozessirt hätte. Das Urteil müsste für den Pupillen direkt wirken, die *Litiskontestation* das Klagrecht konsumiren. Eine andere

---

5) Diese Bemerkungen haben auch Geltung für Gaius IV §. 82.

Auffassung steht mit allen Ueberlieferungen in Widerspruch.<sup>1)</sup>

Es ist nun zu sehen, wie sich die Sache im Formularprozesse verhielt. Allerdings stehen uns Zeugnisse aus älterer Zeit, etwa von Cicero, nicht zu Gebote; vielmehr rührt unsere früheste Nachricht von Gaius her; aber wir können aus der Gestalt, welche die Sache bei Gaius und in den Digesten aufweist, immerhin verlässliche Rückschlüsse machen.

Gaius IV §. 99 sagt: *tutores et curatores eo modo quo et procuratores satisfacere debere verba edicti faciunt, sed aliquando illis satisfactio remittitur.*

Darnach muss der Tutor (und Kurator) in Gemässheit des prätorischen Ediktes (l. 33 §. 3 D 3. 3<sup>2)</sup> de proc. et def. dazu Lenel das edictum perpetuum S. 81), wie jeder procurator, die cautio ratam rem dominum (sc. pupillum) habiturum leisten, wenn er pupilli nomine klagt; ebenso muss er nach Gaius IV §. 101 i. f. die cautio iudicatum solvi leisten, wenn er pupilli nomine eine Klage übernimmt. Der Tutor steht also, wenn er für sein Mündel prozessirt, dem procurator völlig gleich und seine Stellung als Vertreter hat im grossen Ganzen dieselben Wandlungen durchgemacht wie die des Prokurators. Das ist durchaus unbestritten.

Es muss gewiss als auffällig bezeichnet werden, dass die Stellung des für einen impubes prozessirenden Tutors nach den Normen für die Prokuratur geregelt wurde, und zwar an sich, nicht mit Rücksicht auf die neben der Prokuratur einhergehende Cognitur. Zur Bestellung des cognitor bedurfte es einer sollennen Erklärung der Prozesspartei

---

1) Vgl. Eisele Cognitur und Prokuratur S. 54, 57, Schulze Privatrecht und Prozess S. 507. Die Spruchformel hätte also im Sakramentsprozess lauten müssen: Aio hanc rem L. Titii pupilli mei esse et rel. und Aio te L. Titio pupillo meo dare oportere. S. oben S. 13 und §. 6 bei N. 16.

2) *Ait practor: cuius nomine quis actionem sibi dari postulabit, is eum viri boni arbitrato defendat: et ei quocum aget, quo nomine aget id ratum habere eum, ad quem ea res pertinet, boni viri arbitrato satisfacit.*

(Gaius IV §. 83); diese hätte der Pupill tutore auctore abgeben müssen, und das war nur möglich, wenn er maior infantia war, geradezu ausgeschlossen, wenn er noch nicht sprechen konnte. Auch hätte der Tutor nicht mit seiner eigenen auctoritas zum cognitor bestellt werden können<sup>3)</sup>, und selbst, wenn dies möglich gewesen wäre, hätte es nicht vom infans geschehen können. So war die Form der Cognitur dem prozessirenden Tutor verschlossen; verwunderlich ist also nicht, dass er nicht nach den Regeln der Cognitur beurteilt wurde, verwunderlich ist nur, dass für sein Prozessiren die Prokuratur als Muster diente und nicht eine Vertretungsform sui generis geschaffen wurde, die für ihn von vornherein den Erlass der Kautionen und das Recht zum deducere in iudicium gebracht hätte. Auffällig und verwunderlich ist dies insbesondere der herrschenden Lehre gegenüber, wie sich noch deutlicher herausstellen wird.

Wie für den Prokurator war auch für den Tutor im Beginne der Zeit des Formularprozesses die Kautionspflicht eine ausnahmslose; darin stimmen mit Recht alle Darstellungen überein, dass zunächst nach formeller Legitimation des alieno nomine als Prokurator prozessirenden nicht gefragt<sup>4)</sup>, ihm dafür auch ohne weiters die Leistung der cautio rati und iudicatum solvi auferlegt wurde, sowie dass dem Prokurator der Tutor völlig gleich stand. Später wurde, wo Vollmacht und Vormundschaft<sup>5)</sup> unzweifelhaft waren, die Kaution erlassen. Bei Gaius schon erscheint die Prokuratur an das Mandat gebunden, umsomehr ist der Anschauung zuzustimmen, dass Gaius in IV §. 99 einen zu seiner Zeit bereits überwundenen<sup>6)</sup> Rechtssatz vorträgt. In

---

3) S. Eisele a. a. O. S. 154.

4) Vgl. Wlassak zur Geschichte der negotiorum gestio S. 45 f.; Eisele a. a. O. S. 59 f.

5) S. Bethmann-Hollweg Versuche über einzelne Teile der Theorie des C. Pr. S. 181 N. 70; Eisele a. a. O. S. 155 f.

6) Das ergeben schon die Julianischen Fragmente l. 7 §. 2 D. 27. 10 de cur. f., l. 25 §. 2 D 44. 2 de exc. r. i., l. 22 §. 8 D 46. 8 r. r. h. und l. 1 C 2. 12 de proc., deren Beweiskraft Eisele

den Digesten wird als unzweifelhafter Rechtssatz vorgetragen (l. 2 §. 1, l. 23 D. 26. 7. de adm. et per.), dass der Tutor kautionsfrei sei. Aber die Bemerkung Ulpian's in l. 23 cit. — *quid tamen si dubitetur, an tutor sit vel duret tutor vel an gestus illi commissus sit? aequum est adversarium non decipi* —, zeigt, dass man sich auch zu seiner Zeit mit der Liquidstellung der Legitimation des Tutors nicht in iure aufhielt und nur bei vollständiger Liquidität die Kautio erliess.

Ueber Grund und Bedeutung der cautio rati gibt Gaius IV §. 98 folgenden Aufschluss:

*Procurator vero si agat, satisfacere iubetur ratam rem dominum habiturum; periculum enim est, ne iterum dominus de eadem re experiat. quod periculum non intervenit, si per cognitorem actum fuerit, quia de qua re quisque per cognitorem egerit, de ea non magis amplius actionem habet quam si ipse egerit.*

Daran schliesst sich der oben abgedruckte §. 99, der die Gleichstellung der Tutoren mit dem Prokurator ausspricht.

In seltsamem Kontraste steht zu dieser Motivirung der Satz bei Gaius IV §. 84:

*7) quamquam et ille cui mandatum est, plerumque satisfacere debet,<sup>8)</sup> quia saepe mandatum initio litis in obscura est et postea apud iudicem ostenditur.*

---

a. a. O. S. 140 f. aus unzureichenden Gründen anfiicht. — Vgl. Keller C. Pr. §. 61 N. 719; Puchta Inst. I §. 156 N. dd, Wlassak a. a. O. S. 45.

7) Der Eingang der Stelle lautet: *procurator vero nullis certis verbis in litem substituitur, sed ex solo mandato et absente et ignorante adversario constituitur. quin etiam sunt qui putant eum quoque procuratorem videri cui non sit mandatum, si modo bona fide accedat ad negotium et caveat ratam rem dominum habiturum; . . .*

8) Eisele a. a. O. S. 145 erklärt die folgenden Worte für ein Glossem aus nachtheodosianischer Zeit. Aber selbst wenn diese Worte als unecht verworfen werden müssten, bleibt doch als echt stehen, dass der procurator *plerumque* Kautio leisten müsse und

In der ersten Stelle wird die Satisfaktionspflicht aus der rechtlichen Stellung des Prokurators abgeleitet und daher schlechthin auferlegt, in der zweiten Stelle hingegen erscheint der Prokurator mit Mandat als der Musterfall, und dieser, wenn seine Vollmacht bei der Litiskontestation liquid ist, kautionsfrei. Dadurch sind wol zwei Stufen der geschichtlichen Entwicklung markirt. In älterer Zeit (§. 98) muss der Prokurator immer<sup>9)</sup> kaviren, weil Gefahr vorhanden ist, dass der dominus nochmals klage, später (§. 84) nur dann, wenn der Mangel gehöriger Legitimation sie nahertückt. Ursprünglich deduzirt der Prokurator den Anspruch nie in das *iudicium*, später nur dann nicht, wenn es an Vollmacht fehlt. Doch steht dem Unbevollmächtigten in Bezug der Kautionspflicht gleich, wer seine Vollmacht nicht in *iure* ausweist. Allerdings ist dies sehr bestritten,<sup>10)</sup> und schon für die Zeit, in

---

damit der Gegensatz zu § 98. — Der Gedankengang der Stelle (s. vor. N.) ist wohl folgender: der *negotiorum gestor* muss Kautions leisten, aber das ist nichts der *negotiorum gestio* eigentümliches, denn auch der mandirte Prokurator muss *plerumque* kaviren. (A. A. Eisele a. a. O.) Es muss wohl eine Begründung hinzugedacht werden, die wenigstens dem Sinne nach dem von Eisele Beanstandeten nahe kommt.

9) Das ergibt noch für das *edictum perpetuum* der Wortlaut der Ediktsklausel in l. 33 §. 3 D 3. 3, die keinen Unterschied zwischen bevollmächtigter und vollmachtloser Prokurator macht. (Bethmann-Hollweg C. Pr. II S. 434 f.; Lenel *edictum perpetuum* S. 81). Jedenfalls sind alle Erleichterungen erst dem Edikte nachgefolgt. (Puchta Inst. I §. 156 S. 445 [8. Aufl.])

10) Der Streit dreht sich um die Erklärung des *periculum*, von dem Gaius in §. 98 spricht. Huschke in der Zschrft. für gesch. Rw. IV S. 68 f. (vgl. Rudorff zu Puchta Inst. I §. 156 N. v., Bekker Konsumtion S. 155, Krüger Konsumtion S. 98) findet das *periculum* in der Ungewissheit, ob der klagende Prokurator in *iudicium* deduziren könne und daher Konsumtion eintrete, Bethmann-Hollweg C. Pr. II S. 432 f. (vgl. Eisele a. a. O. S. 124 f., Wlassak a. a. O. S. 45 N. 13) dagegen in der Unmöglichkeit der Konsumtion. Für die ältere Zeit des Formularprozesses stehe ich auf dem Boden der letzteren (herrschenden) Anschauung, für die Zeit des Gaius

der §. 98 galt, mag die Unmöglichkeit des deducere in iudicium nicht ganz selbstverständlich gewesen sein. Wol aber muss dieselbe unmittelbar nach der lex Aebutia gegolten haben.

Ursprünglich war also gewiss auch der Tutor im Formularprozesse nicht in der Lage, den Anspruch des Pupillen durch seine Litiskontestation zu konsumieren, vielmehr lediglich in der Lage, infolge der Einrichtung der Namenumstellung aus den Rechtsverhältnissen des Pupillen Klage zu erheben, deren Kondemnation für ihn lautete und deren Erfolg ihm die Exekutionsklage verschaffte. Er stand nicht besser, als jeder unbeauftragte Kläger.

Ist es nun denkbar, dass dem Tutor im Formularprozesse eine solche Stellung zugewiesen worden wäre, wenn er schon im Legisaktionsprozesse zur prozessualen Vertretung des Pupillen berufen gewesen wäre? Wenn er schon im Legisaktionsprozesse für den Pupillen klagen konnte, wie kommt es, dass ihm im Formularprozesse das Recht mit konsumirender Wirkung für den Pupillen zu klagen, abgesprochen wurde?

Dies ist allerdings den Vertretern der herrschenden Lehre nicht entgangen, aber es wurde kein grosses Gewicht darauf gelegt. So sagt Eisele<sup>11)</sup>: „Man war es von dem altcivilen Prozesse her gewohnt, dass der Tutor unter Umständen statt des Pupillen klagen konnte, ohne kaviren zu müssen. Man wird sich doch, nachdem unter Augustus das agere pro tutela völlig oder nahezu völlig aufgehört, die Frage vorgelegt haben, warum soll denn in dem neuen Prozesse der Tutor, Kurator u. s. f. schlechter stehen als in dem alten.“ Aber woher ergibt sich, dass das angebliche agere pro tutela noch bis zu den Zeiten Augustus nur in den Fällen, in denen legis actio nötig war, vorkam und das tu-

---

aber muss ich mit Keller a. a. O. N. 719 auf Grund der N. 6 citirten Stellen die Geltung dieser Auffassung in Abrede stellen. Vgl. auch Bekker Aktionen II S. 113 N. 15.

11) A. a. O. S. 153, 154. Aehnlich auch Rümelin a. a. O. S. 114 f.

torio nomine agere in den Fällen, die zum Herrschaftsgebiete der formula gehörten<sup>12)</sup> bis zu August's Zeiten nicht stattfand? Und dann, wie kamen die römischen Juristen und Praetoren dazu, eine Frage, die sie sich (wie mir scheint schon lange vor oder doch wenigstens) zu August's Zeiten vorlegen mussten, erst nach dem edictum perpetum (s. Note 9) zu lösen?

Es ist doch eine starke Zumutung, dass die Römer durch Jahrhunderte — man darf wol von der lex Aebutiana rechnen —, einen Rechtszustand ertragen haben sollen, der dem in der Legisaktionszeit geltenden gegenüber, und neben dem noch üblichen lege agere einen so krassen Rückschritt bedeutete, einen Rückschritt, den einige Klauseln im Edikte verhindern konnten. Dass dies nicht geschah, muss als Beweis gelten, dass man ein zwingendes Muster im Legisaktionsprozesse nicht vorfand, dass also zur Zeit der Legisaktionen der Tutor nicht aus den Rechtsverhältnissen des Pupillen klagen konnte.

Wenn der Tutor als defensor pupilli Klagen gegen denselben übernimmt, so unterliegt er noch nach Gaius IV §. 101 ausnahmslos der Verpflichtung zur Bestellung der cautio iudicatum solvi, erst nach dem Rechte der Digesten ist er davon entbunden. Auch hier gelten dieselben Erwägungen, wie beim Eintritte des Tutors auf klägerischer Seite.

Dieselben Gründe, nämlich die Unvereinbarkeit mit der Stetigkeit der Rechtsentwicklung und der Rechtszustand in klassischer Zeit, sprechen gegen die in verschiedenen Wendungen<sup>13)</sup> vorgetragene Lehre, dass der Tutor in der Legisaktionszeit als Träger der potestas über das Pupillenvermögen die Ansprüche desselben suo nomine geltend

12) Bekker's Ausführungen in Aktionen II S. 115 N. 25 sind durch Wlassak's Feststellung des Altersverhältnisses zwischen Cognitur und Prokuratur ihrer Beweiskraft beraubt.

13) Bethmann-Hollweg C. Pr. -I. S. 110, Puchta Inst. §. 156 N. g.; Karlowa C. Pr. S. 356, Bekker Aktionen II S. 114 N. 21 a. E. — Vgl. darüber Eisele a. a. O. S. 7 f.



machen konnte. Auch hier muss gefragt werden, wie die Römer auf die Prokuratur als Klagform für den Tutor verfallen konnten, wenn ihnen aus der Legisaktionszeit die Analogie des Prozessirens des Gewalthabers aus den Rechtsverhältnissen der Gewaltunterworfenen für das Prozessiren des Tutors geläufig war.

Der einzige Rückschluss, den die Geschichte der Stellung des Tutors im Formularprozesse gestattet, geht nach allem dahin, dass im Legisaktionsprozesse der Tutor für den Pupillen nicht prozessiren konnte.

### §. 6.

## Die Rolle des Tutors im Inofficiositätsprozesse des Pupillen.

Auffallender Weise haben die Vertreter der herrschenden Lehre eine Reihe von Quellenstellen nicht herangezogen, welche immerhin für dieselbe ein gewichtiges Argument zu liefern scheinen.<sup>1)</sup> Es sind die Stellen, in denen von der querela inofficiosi testamenti gesprochen wird, welche der Tutor pupilli nomine durchführt.<sup>2)</sup> Es sind l. 30 §. 1 D. 5. 2 de inoff. test. von Marcianus, l. 5 §. 9 D. 34. 9 de his qu. von Paulus, l. 22 D. eod. von Tryphoninus und l. 12 C. 3. 28 de inoff. test. von Kaiser Antoninus.

L. 30 §. 1 cit.: *Tutoribus pupilli nomine sine periculo eius, quod testamento datum est, agere posse de inofficioso vel falso testamento divi Severus et Antoninus rescripserunt.*

L. 5 §. 9 cit.: *Aetati eius qui accusavit ignoscitur, et*

---

1) Nur Voigt Zwölf Tafeln I S. 573 N. 4 weist auf l. 30 §. 1 D. 5. 2 hin.

2) Nach l. 8 pr. l. 22 pr. §. 1 D. 5. 2 d. i. t., l. 5 §. 3. §. 4 D. 34. 9 d. h., l. 25 C. 3. 28 de i. t. kann der paterfamilias die Querel auch filii nomine erheben. Dieser Fall hat aber mit prozessualer Stellvertretung nichts zu thun, da der Vater kraft seiner patria potestas den seinem Hauskinde erwachsenen Anspruch geltend macht. S. übrigens Mandry, Familiengüterrecht I S. 228 und Savigny System II S. 129.

*maxime si tutor vel curator dicere falsum vel inofficiosum velit: et ita imperatores Severus et Antoninus rescripserunt.*

L. 22 cit.: *Tutorem, qui pupilli sui nomine falsum vel inofficiosum testamentum dixit, non perdere sua legata, si non optinuerit, optima ratione defenditur et, si libertum patris pupilli sui<sup>3)</sup> nomine capitis accusaverit, non repelli a bonorum possessione contra tabulas, quia officii necessitas et tutoris fides excusata esse debet. nec quisquam iudicum calumnia notabit tutorem, qui non suis simultatibus accusationem sub nomine pupilli instituit, sed cogente forte matre pupilli vel libertis patris instantibus. et si tutor reum aliquem postulaverit pupilli nomine et ideo non sit exsecutus, quod interim ad pubertatem pupillus pervenerit, non oportet dici in Turpillianum eum senatusconsultum incidisse. discreta sunt enim iura, quamvis plura in eandem personam devenerint, aliud tutoris, aliud legatarii: et cum non suae personae iure sed pupilli accusaverit, propriam poenam mereri non debet. denique pupillo relicta in eo testamento, nisi a principe conservata sint, pereunt: adeo ille est accusator, is defensor et quasi patronus. idem et Sabinus libris ad Vitellium scripsit.*

L. 12 C. cit.: *Si pater puellae cuius vos curatores esse dicitis — ... calumniosam inofficiosi actionem ... instituere non debetis.*<sup>4)</sup> Unbedenklich ist, dass in den Institutionen (§. 4, §. 5 J. 2. 18 de i. t.) dieselben Rechtssätze in denselben Wendungen vorgetragen werden, da nach Justinianischem Rechte der Tutor unzweifelhaft in allen Fällen den Prozess des Pupillen führen kann, und da die Provenienz dieser In-

3) Für die Richtigkeit dieser Lesart ist ausschlaggebend die Autorität der Basiliken IX, 42 c. 22: . . . *εὶ δὲ καὶ κεφαλικῶς ὀνοματι τοῦ ἀνδρὸς κατηγορήσῃ πατρὸς ἀπελευθέρου.*

4) Bei diesem Rescripte kann allerdings daran gedacht werden, dass es an einen Provinzialen gerichtet sei. In den Provinzen wurde der Inofficiositätsprozess wahrscheinlich zur Zeit des Kaisers Antoninus in Extraordinarverfahren erledigt und da gab es gewiss die Möglichkeit prokuratorischer Vertretung: L. 39 §. 6 §. 7 D. 3. 3 de p. et d., l. 6 D. 46. 8 r. r. h.; vat. fragm. §. 340. S. auch Pernice in der Festgabe für Beseler S. 75 f.

stitutionenstellen aus einer Schrift der klassischen Zeit doch sehr fraglich ist.

Der Inofficiositätsprozess gehört zur Zeit der Juristen, deren Namen die Inskriptionen dieser Fragmente tragen, zum Systeme der *legis actiones*<sup>5)</sup> und wenn gesagt wird, der Tutor könne *pupilli nomine agere* (*dicere*) *de inofficioso testamento*, so scheint der Schluss unabweislich, dass eine Prozessvertretung des Pupillen durch den Tutor wenigstens zur Zeit der klassischen Juristen anerkannt war und da sich nirgends eine Spur findet, dass auch ein *procurator* oder *cognitor* eintreten konnte, so scheint der Beweis erbracht, dass im Legisaktionenverfahren eine Intervention des Tutors für den Pupillen, die den Charakter der Ausnahme von der prinzipiellen Unzulässigkeit der Stellvertretung bei *legis actiones* unzweifelhaft an sich trägt, möglich war und thatsächlich vorkam. Die Argumentation fusst allerdings am festesten auf der Wendung *pupilli nomine agere*, welche den Sinn des *tutorio nomine* haben kann, und auch, wenn besondere Gründe nicht vorliegen, diesen Sinn hier haben müsste. Nun scheinen mir aber doch genügende Gründe vorhanden zu sein, welche diese Interpretation als unzutreffend zu bezeichnen gestatten.

Zunächst erklärt Ulpian im 14. Buche seines *Ediktscommentars*, in welchem er die *querela inofficiosi* behandelt,<sup>6)</sup> geradezu: *nemo alieno nomine lege agere potest* (l. 123 pr. D 50. 17). Nichts weist darauf hin, dass Justinians Compileren hier irgendwie korrigirt hätten, Ulpian hätte aber unmöglich so apodiktisch *nemo* sagen können, wenn zu seiner Zeit der Tutor *alieno nomine* hätte queruliren dürfen, da ja die Querel einer der wenigen, vielleicht der einzige Fall war, in dem zu Ulpian's Zeit noch ein *lege agere* vorkam.

---

5) Gaius IV §. 31 §. 95, l. 7 l. 23 l. 31 D 5. 2 d. i. t. Plinius epist. V 1, VI 33 u. s. f.

6) L. 1, l. 6, l. 8 D. 5. 2 de i. t.; l. 7 D 5. 3 de h. p., l. 14 D 49. 1 de appell.

Jedenfalls sollen die Wendungen *pupilli nomine agere* und *dicere de inofficioso* die Anteilnahme des Tutors an dem Inofficiositätsprozesse seines Pupillen bezeichnen und die Feststellung, welcher Art diese Anteilnahme war, ist das Entscheidende in unserer Frage. Lässt sich darthun, dass damit ein *tutorio nomine agere* wie etwa bei Gaius IV §. 82 nicht gemeint sein könne, so ist unser Beweisthema, dass unter dem *lege agere pro tutela* die prozessuale Vertretung des Pupillen durch den Tutor nicht verstanden werden dürfe, gegen Anfechtungen von dieser Seite geschützt.

Unsere Nachrichten über das Verfahren im Inofficiositätsprozesse sind äusserst dürftig und bestritten. Die Nachrichten der klassischen Juristen haben die Kompilatoren wahrscheinlich gestrichen; Gaius erwähnt unseren Prozess gar nicht; die römischen Rhetoren befassten sich aber mit der Prozesstechnik, insbesondere mit dem Verfahren in *jure* nicht, da dasselbe wohl kaum Anlass zur Entfaltung oratorischer Kunst bot. Jedenfalls sind es drei Stücke, welche in dem Verfahren eine besondere Bedeutung hatten: die *legis actio sacramento*, die *subscriptio* und die Verhandlung vor den *Centumviri*.

Die *legis actio sacramento* war jedenfalls zur leidigen Formalität herabgesunken, welcher die Zeit der Klassiker kein Verständnis mehr entgegenbrachte.<sup>7)</sup> Viel wichtiger scheinen die *subscriptio*, von der Plinius<sup>8)</sup> berichtet, und die damit wahrscheinlich zusammenhängende *libelli datio*<sup>9)</sup> gewesen zu sein. Die Bedeutung dieser prozessualen Acte ist allerdings zweifelhaft, überwiegend wird aber angenommen,

---

7) Es ist streitig, ob diese *legis actio sacramento* in *rem* oder in *personam* konzipiert war. Vgl. etwa Bethmann-Hollweg C. Pr. II S. 232 N. 15 einerseits, Stintzing Verhältnis der l. a. sac. zum Verfahren per sponsonem andererseits. S. auch Schröder Noterbrecht S. 432, Hartmann-Ubbelohde röm. Gerichtsverfassung S. 441 N. 11. — Für unsere Frage ist die Form der *legis actio* gleichgiltig.

8) Epist. V, 1.

9) l. 7 D 5. 2 h. t.

dass die subscriptio den Abschluss des Verfahrens in iure, gewissermassen ein Surrogat (Beweis?) der Litiskontestation bilde.<sup>10)</sup> Vielleicht veranlasste die subscriptio, welche zunächst eine Parteihandlung<sup>11)</sup> ist, auch die Bestätigung des der legis actio assistirenden praetor urbanus oder peregrinus (Gaius IV §. 31), dass die Sollemnitäten der legis actio vollzogen seien. Auf Grund dieser subscriptio begehrten dann die Parteien von dem praetor hastarius<sup>12)</sup> oder den decemviri die Anordnung des iudicium centumvirale. Jedenfalls ist diese schriftliche Form dem alten Prozesse fremd und erst in späterer Zeit nach Analogie des Strafprozesses eingeführt. Für die datio libelli und die subscriptio galt aber die Vorschrift, dass Prozessakte persönlich vorgenommen werden müssen, gewiss nicht. Unbedenklich konnte also der Tutor dieselben für den Pupillen vornehmen, aber diese prozessuale Intervention fällt nach der Seite des postulare<sup>13)</sup> und nicht nach der Seite der Prozessvertretung.

Die Berichte, welche wir über Centumviralverhandlungen besitzen, gehen nicht über Plinius den Jüngeren hinaus und dieser selbst weist auf den Niedergang des grossen Volksgerichtshofes hin,<sup>14)</sup> immerhin mag aber die Sache zur Zeit

10) Zimmern, C. Pr. S. 45, Heffter Inst. des C. Pr. S. 382, Bethmann-Hollweg C. Pr. S. 482 f., Hartmann-Ubbelohde a. a. O. S. 439 f. — Der in l. 7 cit. erwähnte libellus kann immerhin ein Klaglibell (libellus conventionis) gewesen sein, der dem Kläger zur Einleitung des Prozesses diente und vielleicht kraft der hinzugefügten subscriptio zur Anordnung des iudicium führte. Vgl. Asverus Denuntiatio der Römer S. 206, 258, Wieding der Just. Libellprozess S. 308 f., 361 f.

11) Hartmann-Ubbelohde a. a. O.

12) Keller C. Pr. S. 25. — Den Vorsitz des Prätors in den Centumviralverhandlungen stellt Hartmann-Ubbelohde a. a. O. S. 302 in Abrede. Vgl. auch das. N. 15, 16.

13) l. 1 §. 7 §. 11 l. 10. l. 11 D. 3. 1 de post.

14) Epist. II. 11 beklagt Plinius die einreissende Verwilderung der Verhandlungen vor den centumviri; s. aber Bethmann-Hollweg C. Pr. II S. 57 N. 26. — Es ist gewiss kaum zu denken, dass

des Ulpian und Paulus sich noch ebenso verhalten haben, wie zur Zeit des Quintilian und Plinius. Nach den Berichten beider galt bei den Centumviri eine Art Anwaltzwang, da die Richter es als eine Missachtung ihrer Würde betrachteten, wenn die Vorträge der Parteien den Ansprüchen des Geschmacks nicht ebenso als der Sache entsprachen.<sup>15)</sup> Wer also nicht selbst redegewandt war, musste im eigenen Interesse sich um einen gewandten patronus (advocatus) umsehen. Hier war kein Raum für prozessuale Stellvertretung, sondern lediglich für die Anwaltschaft, welche allerdings ein dazu qualifizierter Vormund ohne weiters hätte übernehmen können, und darauf liessen sich die vorher abgedruckten Stellen beziehen. In welcher Form die Bestellung eines Anwalts für Centumviralprozesse erfolgte, ist direkt nicht überliefert. Aus einer Andeutung bei Plinius<sup>16)</sup> lässt sich aber entnehmen, dass der Praetor oder die decemviri Anwälte der Parteien zurückweisen konnten. Da dies nun nicht bei der Verhandlung geschehen konnte — sonst wäre die Partei mit Rücksicht auf die Unzulässigkeit der Vertagung<sup>17)</sup> der einmal begonnenen Verhandlung schutzlos geblieben —, muss die Ingerenz der präsidierenden Behörde vor die Verhandlung gesetzt werden. Möglich wäre, dass die Parteien bei Anmeldung wegen Ansetzung des Verhandlungstermines die Anwälte zu nennen hatten.

die Zeit nach Plinius die hohe Blüte der Jurisprudenz und die Verwahrlosung des höchsten Volksgerichtes nebeneinander sah.

15) Quintilianus J. O. IV, 1, 57 . . . *apud centumviros ipsi iudices exigunt sollicitas et accuratas actiones, contempnuntque se, nisi in dicundo etiam diligentia appareat, credunt; nec doceri tantum, sed etiam delectari volunt.*

16) Epist. II, 14 : *At hercule ante memoriam meam (ita maiores natu solent dicere) ne nobilissimis quidem adolescentibus locus erat nisi aliquo consulari producente.* Es muss dabei an Entscheidungen im einzelnen Falle gedacht werden, da Advokatenmatriken erst in nachklassischer Zeit entstanden.

17) Plinius epist. I. 18 §. 2: *centumvirale iudicium differri nullo modo potest.* Cf. *ibid.* VI. 33.

Es sind ausser der schon erwähnten Möglichkeit, dass der Tutor nur als Anwalt in iudicio fungire, nur zwei Gestaltungen in Erwägung zu ziehen, welche die Intervention des Tutors im Inofficiositätsprozesse seines Pupillen hätte haben können.

Erstens: Der Tutor führt den Prozess auf Grund des Rechtes seines Pupillen selbst und nimmt alle Prozesshandlungen als *legis actio*, *inscriptio*, Bestellung des Anwalts u. s. f. als Prozesssubjekt selbst vor. Bei der *legis actio* muss der Pupille als Rechtssubjekt genannt werden; etwa also: *actio testamentum L. Titii erga pupillum*<sup>18)</sup> *meum inofficiosum esse*. Der Tutor hat das *sacramentum* selbst zuzusichern und verliert es eventuell, obwol das Urteil nicht auf seine Person, sondern die Person des Pupillen lautet und die sich daran knüpfenden Folgen nicht für ihn, sondern für den Pupillen eintreten. Trifft diese Auffassung zu, dann gibt es wenigstens in klassischer Zeit ein *lege agere pro tutela*, das im Prozessiren des Tutors für den Pupillen besteht.<sup>19)</sup>

Zweitens: Der Tutor intervenirt theils durch *interpositio auctoritatis*, theils durch *postulatio pro pupillo*. Bei der *legis actio* auktorirt er dem Pupillen, bei den übrigen Akten handelt er an Stelle, aber in Vertretung des Pupillen. Er ist nirgends Prozesssubjekt, sondern allenthalben nur Tutor des prozessirenden Rechtssubjektes.<sup>20)</sup>

Wir haben nun zu sehen, welche dieser Auffassungen mit den Quellen in Einklang steht.

In l. 30 §. 1, l. 5 §. 9, l. 22 ll. cc. werden die Anfechtung des Testamentes als inoffizios und verfälscht in Bezug

---

18) Wegen der Formulirung vgl. Hartmann über die querela i. t. S. 7 und dagegen Bekker Aktionen I S. 274 N. 5.

19) Vgl. oben §. 1 und §. 5 N. 1.

20) Allerdings wäre damit dem Pupillen, so lange er *fari non potest*, die Querel verschlossen; aber die fünfjährige Frist, über welche ja bei triftigen Gründen auch hinausgegangen werden konnte (l. 8 §. 17 D. 5. 2 d. i. t.), reichte aus, um dem Pupillen das Queruliren zu ermöglichen.

auf den Eintritt der Indignität gleichgestellt<sup>21)</sup>. Die Indignität trifft nicht bloß die nach kontradiktorischem Verfahren sachfällig gewordene Partei, sondern auch jeden, der die sachfällig gewordene Partei thatsächlich unterstützt hat, also die Zeugen, Bürgen, Anwälte<sup>22)</sup> der Partei, selbst den Richter, sobald in zweiter Instanz gegen ihn entschieden ist (L. 5 §. 10 — §. 12 D. eod.). Dass den Tutor des Pupillen die Indignität treffe, versteht sich darnach von selbst, mag er nun Prozesspartei oder Beistand des prozessirenden pupillus sein; jedenfalls ist zur Begründung des Eintrittes der Indignität die Annahme selbständiger Prozessführung des Tutors nicht erforderlich.

Die Zusammenstellung der querela inofficiosi mit der accusatio falsi testamenti bietet einen weiteren Anhalt zur Aufklärung der Wendung *pupilli nomine dicere de inofficioso testamento*. Im Strafprozesse gilt in klassischer Zeit die Regel, dass die Bestellung eines Prokurators für den Ankläger und Angeklagten unzulässig sei<sup>23)</sup>. Das Anklagerecht stand *cuiuslibet ex populo* (l. 43 §. 10 D. 23. 2 de r. n., Geib Gesch. des röm. Criminalprozesses S. 515 fg.) zu und darum

21) Diese Zusammenstellung findet sich auch sonst in den Quellen: l. 5 §. 6 §. 7 D 34. 9 de h. qu.; l. 13 §. 9 D 49. 14 de i. f. — In Bezug auf die Indignität sind zu vergleichen: Keller Institutionen S. 390 fg. und Vangerow Pandekten II S. 578. (7. Aufl.)

22) L. 5 §. 11 D 34. 9: *Sunt qui putant, et recte, et ei denegandam (scil. legati petitionem), qui accusatori adfuit vel pro eo fideiusor extiterit*. Paulus erwähnt gar nicht den procurator und cognitor und daraus muss geschlossen werden, dass ein solcher nicht eintreten konnte. *Adesse* bezeichnet nur die Funktion des Anwaltes (l. 6 D. 3. 1 de post. und öfter). Vgl. auch l. 31 pr. D. 5. 2.

23) Papinian sagt in l. 13 §. 1 D. 48. 1 de publ. iud.: *ad crimen iudicii publici persequendum frustra procurator intervenit*. Zu den iudicia publica (l. 1 D. eod.) gehört aber gewiss die accusatio falsi nach der lex Cornelia testamentaria. In Bezug auf die lex Cornelia (test.) sagt Kaiser Antoninus in l. 2 pr. C. 9. 1 qu. a. n. p.: *Si cautiones . . . tutores tui suspectas ut falsas habent, proprio nomine, cum non liceret alieno, non prohibentur in crimen falsi subscribere*. Vgl. auch Rudorff röm. Rechtsgeschichte II S. 427.



war vielleicht aus denselben Gründen wie bei den prätorischen Popularklagen die Möglichkeit procuratorischer Vertretung ausgeschlossen. Jeder einzelne, also auch der Tutor, konnte wegen des *crimen*, das sich gegen den Pupillen richtete, Anklage erheben, *reum postulare* und zwar aus eigenem Rechte, nicht aus dem Rechte des Pupillen; also auch nicht *tutorio nomine*, wie im Formularprozesse, sondern *proprio nomine*. Dazu kommt, dass nach l. 2 §. 1 D. 48. 2 de acc. et subscr.<sup>24)</sup> seit Vespasian der Pupille die *accusatio falsi* gegen das väterliche Testament selbst anstellen konnte; es steht also so, dass der Pupille und der Tutor wegen *falsum testamentum* anklagen können, und zwar Jeder aus eigenem Rechte. Klagte der Pupille, so stand ihm der Tutor gewiss zur Seite und unterstützte ihn durch Vornahme von Postulationen. Dass solches Prozessiren des Pupillen thatsächlich vorkam, ist in den Quellen ausdrücklich bezeugt<sup>25)</sup>.

Auch in l. 22 cit. — der Stelle, welche sich am Ausführlichsten mit unserer Frage befasst —, spricht Tryphonin, obwol seine Ausdrucksweise vielfach ungenau ist, von einem solchen Prozessiren in Bezug auf die *accusatio falsi*. Tryphonin will den Nichteintritt der Indignität für den Tutor, der „*pupilli nomine*“ bei einer *querela inofficiosi* oder *accusatio falsi* intervenirt, begründen und führt zur Unterstützung seines Beweisthemas<sup>26)</sup> zunächst eine Analogie in's Feld. Der Tutor, der *pupilli sui nomine* den Liberten

---

24) . . . *lege autem testamentaria nam de patris quidem testamento pupillis agere divus Vespasianus permisit.* (S. Mommsen *Digesta* zu diesem Fragmente.) Vgl. l. 3 §. 11 D. 43. 29 d. h. l. exh. und l. 1 C. 9. 1.

25) L. 5 §. 9 cit., l. 27 pr. D. 26. 2 de t. t., Pauli sent. V. 12 §. 4. Der Pupille bedurfte dabei gewiss der *auctoritas* des Tutors, s. l. 27 pr. cit., obwol die anderen Stellen, auch l. 1 §. 2 D. 48. 2 nur von dem *consilium* desselben sprechen.

26) Später wurde, was Tryphonin behauptete, nach einem Rescripte der Kaiser Severus und Antoninus Rechtssatz. l. 30 §. 1 l. 5 §. 9 cit.

seines Vaters wegen eines Kapitalverbrechens anklagt, gehe der bonorum possessio contra tabulas gegen die Erben des Liberten, obwol dies die regelmässige Folge solcher Anklage ist<sup>27)</sup>, nicht verlustig, noch auch könne ihn Strafe wegen calumnia treffen. Auch ver falle er nicht der Strafe des senatusconsultum Turpillianum, wenn er *pupilli nomine* eine Anklage begann, aber nachdem der Pupille mündig geworden, von derselben abliess (weil der Pupille sie nun selbst aufnehmen kann). In den beiden Fällen, welche Tryphonin herbeizieht, tritt der Tutor gewiss als Ankläger und Prozesspartei selbst auf und obwol nach l. 2 pr. C 9. 2<sup>28)</sup> ein *pupilli nomine accusare* unmöglich ist, wird hier doch konsequent davon gesprochen. Der Ausdruck Tryphonin's ist also ungenau: es handelt sich um ein *accusare pupilli causa*<sup>29)</sup>, nicht *pupilli nomine*.

Als Grund für den Nichteintritt der Indignität wird dann weiter, indem Tryphonin zu den zur Untersuchung stehenden Fällen zurückkehrt, angeführt, der Tutor vereinige in seiner Person zwei Stellungen: die des Tutors und des Legatars, und er verdiene keine Strafe, wenn er nicht wegen seines Rechtes, sondern wegen des Rechtes des Pupillen anklage. Schliesslich heisst es: *denique pupillo relicta in eo testamento . . . pereunt: adeo ille est accusator, is defensor et quasi patronus*. Der Pupille wird geradezu als accusator, Ankläger bezeichnet, dem Tutor die Rolle eines defensor und quasi patronus zugewiesen. Der Tutor kann als defensor aus doppeltem Grunde bezeichnet sein. Einmal, weil ihm die defensio<sup>30)</sup> des Pupillen obliegt und

---

27) S. l. 10, l. 11, l. 17 D. 37. 14 de i. p., l. 1 §. 9 l. 14, l. 15, l. 61 D. 38. 2 de bon. lib.

28) S. Note 23.

29) Korrekt sagt Ulpian in l. 14 D. 48. 16 ad set. Turp.: *qui pupilli causa instituit accusationem*.

30) §. 1 J. 1. 13, l. 1 pr. D. 26. 1 de tut., l. 10 l. 30 D. 26. 7 de adm. . Defendere pupillum heisst überhaupt das Mündel schützen. Etwa Cicero in Verrem actio II. 1 §. 146; *pupilli, cuius aetatem et*

darunter fällt selbstverständlich auch die Erteilung der auctoritas sowie die Postulation pro pupillo. Andererseits kann Tryphonin den Tutor als defensor wegen seiner prozessualischen Stellung bezeichnet haben. Defendere wird sowohl von dem Prokurator (Cognitor) als auch von dem orator und advocatus gesagt<sup>31)</sup>. Dass nur das Letztere gemeint sein könne, ergibt die Bezeichnung des Tutors als quasi patronus. Er ist nicht patronus, Anwalt, sondern nur quasi patronus, gewissermassen oder wie ein Anwalt. Gewiss ist dieser Ausdruck korrekt. Des Patrons Hauptaufgabe fällt in das iudicium; dass der Tutor in l. 22 auch in demselben intervenire, wird nicht gesagt und lässt sich auch nicht annehmen, er ist zuvor thätig gewesen, eventuell auch bei Bestellung des Anwalts; er ist daher nicht Patron im vollen Sinne, sondern nur in beschränkter Weise. Auch sonst scheidet er sich von einem Prozessanwalt, er greift nicht freiwillig in den Prozess ein, sondern kraft seiner Stellung und seines Amtes (vgl. Note 32).

Der Schlusssatz des Fragmentes spricht also geradezu aus, dass der Pupille Prozesssubjekt und der Tutor nur sein Beistand sei<sup>32)</sup>. Für die accusatio falsi ist demnach auch nach fr. 22 cit. erwiesen, was sich nach allgemeinen Grundsätzen ergibt, dass nämlich der Tutor nur in dieser

---

*solitudinem etiam si tutores non essent defendere praetor debuit*, . . . Auch Gellius n. a. V. 13 §. 4.

31) Pseudo-Asconius zu Cicero div. §. 11: *Qui defendit alterum in iudicio aut patronus dicitur, aut advocatus, aut procurator, aut cognitor*. Zahllos sind die Belege dafür, dass mit defendere auch die Thätigkeit des Beistandes bezeichnet wurde. Etwa Terentius Andria IV, 5. 18, Eunuchus IV. 6. 32; Cicero de oratore I. c. 56 und öfter; Plinius epist. II. 9 § 4, l. 55 pr. D. 21. 2 de ev, s. auch Dirksen vb. defendere.

32) Dasselbe sagt der Scholiast zu den Basiliken LX. 42 c. 22 (Heimbach Bas. V. p. 811) *Ἐν τῷ ε κεφαλαίῳ* (zu l. 5 §. 11 D. 34. 9 oben N. 22) *εἶπεν, ἐκρίπτειν τὸν κατηγορήσαντα· ἀλλ' ἐνταῦθα ἀνάγκη τοῦ ὀφφικίου βοηθεῖ αὐτῷ ὥσπερ τῷ Φισχοσυνηγῶρ*. — S. auch l. 14 §. 9 D. 38. 2 de b. l.: *neque enim advocatus accusat*.

64 Die Rolle des Tutors im Inofficiositätsprozesse des Pupillen.

seiner Eigenschaft, nicht als Prozessführer intervenirt, obwohl auch in diesem Fragmente die Thätigkeit des Tutors mittels der Wendung *pupilli nomine agere* bezeichnet wird <sup>33</sup>).

Der Schlusssatz der l. 22 cit. bezieht sich aber wie auf die *accusatio falsi*, so auch auf die *querela inofficiosi*, da ja beide Fälle am Eingange der Stelle nebeneinander genannt werden. Tryphonin macht weder bei der Satzfügung noch bei der juristischen Beurteilung einen Unterschied zwischen beiden Klagen; und wenn für die *accusatio falsi* festgestellt wurde, dass trotz der Wendung *pupilli nomine* nur an eine Beistandschaft des Tutors gedacht werden kann, so darf wohl ohne Bedenken dasselbe für die Querel behauptet werden. Was nun für l. 22 cit. gilt, muss auch für l. 30 §. 1 und l. 5 §. 9 als gültig betrachtet werden; aus der Wendung *pupilli nomine inofficiosum dicere* darf nicht geschlossen werden, dass der Tutor selbst den Inofficiositätsprozess und zwar *alieno nomine* führe. Dieses Resultat unterstützen noch zwei Momente. In den Quellen wird der Pupille geradezu als Subjekt von Inofficiositätsprozessen bezeichnet und das Handeln *pupilli nomine* wird auch sonst in den Quellen erwähnt, ohne dass dabei an eine prozessuale Stellvertretung gedacht werden könnte.

Selbständiges Queruliren des Pupillen, selbstverständlich unter Auktorität und Beistand des Tutors, wird ausser in l. 5 §. 9 D. cit. auch erwähnt in l. 8 §. 7 und l. 27 §. 3 D. 5. 2 h. t.:

L. 8 §. 7 cit.: . . *non ob hoc admittemus ipsum impubere[m] ad inofficiosi querelam.*

l. 27 §. 3 cit.: *de inofficioso testamento nepos contra patrum suum . . . egerat et optinuerat, sed scriptus heres appellaverat: placuit interim propter inopiam pupilli . . .* <sup>34</sup>).

---

33) Denselben Sinn muss auch l. 2 C. 6.35 de h. qu. von Severus und Antoninus haben, obwol dieses Reskript sich viel bedenklicher ausdrückt als l. 22 cit. — Aber wie käme der Pupille dazu, wegen der *accusatio*, welche der Tutor ohne ihn und ohne sein Zutun anstellt, mit Indignität bestraft zu werden.

34) Hieher gehört gewiss auch l. 26 §. 2 D. 26. 2 de t. t.: *prop-*

Allerdings wäre es möglich, diese Stellen nur auf *impubes maiores infantia* zu beziehen.

*Pupilli nomine dicere, defendere* (in der Bedeutung von behaupten) *desiderare* kommt in den Quellen vor, ohne dass eine prozessuale Stellvertretung dabei in Frage wäre. So sagt Tryphonin in l. 27 pr. D. 26. 2 de t. t.:

*Idem fiet, si intestatum decessisse patrem pupilli nomine defendatur falsumve testamentum nomine pupilli dicatur et si patruus exstet legitimus tutor futurus ab intestato, quia tutorem habenti tutor dari non potest. nam commodius ipse, qui scriptura continetur, a praetore dabitur, ut sine ullo litis praeiudicio iustus tutor auctor pupillo ad eam litem fiat*<sup>35)</sup>.

Das *pupilli nomine defendere* und *dicere* erfolgt zwar vor dem Magistrat, hat aber nicht den Charakter der Stellvertretung, sondern lediglich der Postulation; es geht auch nicht von dem (noch nicht bestellten) Tutor, sondern von Fremden aus. Es ist wol zu übersetzen: im Interesse des Pupillen, in Sachen des Pupillen.

Ebenso sagt Papinian in l. 13 pr. D. 26. 5 de tut. et c. d.:

*Si impuberi libertas et hereditas per fideicommissum relicta sit et institutus adire nolit, senatus censuit eum, si impuberis nomine desideretur, adire cogendum, ut tamen pupillo pupillae tutor ab eo, cui ius dandi erit, detur, qui tutelam retineat, quoad restituatur hereditas et rem salvam fore ab herede caveatur. postea divus Hadrianus, ut idem in eo servetur, cui directa libertas data fuerit, rescripsit*<sup>36)</sup>.

Auch hier handelt es sich nicht um Stellvertretung, sondern um Postulation im Interesse des Unmündigen.

Es ist also wol statthaft, auch in l. 30 §. 1 cit. und

---

*ter litem inofficiosi testamenti ordinandam exheredato filio, cui tutorem pater dedit, eundem a praetore confirmari oportet: eventus iudicatae rei declarabit, utrum ex testamento patris an ex decreto praetoris auctoritatem acceperit.*

35) Cf. l. 26 §. 2 l. 31 D. eod.

36) Cf. l. 23 §. 1 D. 36. 1 ad set. Treb.

l. 22 cit. an eine solche Intervention zu denken und dies umsomehr, als die Ausdrücke, durch welche die Thätigkeit des Tutor im Inofficiositätsprozesse gekennzeichnet wird: *agere* und *dicere de inofficioso testamento* dies zulassen. *Agere* und *dicere* bezeichnen das Prozessführen und prozessuale Vorbringen, mag es von der Partei oder ihrem Beistande ausgehen (s. oben S. 20). Die Verbindung *dicere de inofficioso testamento*<sup>37)</sup>, welche in den Quellen stereotyp wiederkehrt, wird von Marcellus in l. 3 und l. 5. D. 5. 2 de i. t. in folgender Weise erklärt:

L. 3 cit.: *Inofficiosum testamentum dicere hoc est allegare, quare exheredari vel praeteriri non debuerit: et rel.*

L. 5 cit.: *. . huius autem verbi de inofficioso vis illa ut dixi est docere immerentem se et ideo indigne praeteritum vel etiam exheredatione summotum: resque illo colore defenditur apud iudicem, ut videatur ille quasi non sanae mentis fuisse, cum testamentum inique ordinaret.*

Nach Marcellus umfasst das *dicere de inofficioso* sowohl die Behauptung als den Nachweis, dass der Kläger lieblos enterbt oder präterirt sei. Diese Handlungen fallen teils in das *ius* teils in das *iudicium*, können in *iure* von der Partei oder einem Beistand derselben (auch dem Tutor) vorgenommen werden, während in *iudicio* regelmässig nur ein Patron intervenirt. Gewiss gingen vor und neben der *legis actio sacramento* mündliche Verhandlungen der Parteien und ihrer Beistände — insbesondere über die materielle Legitimation des Querulanten — einher. Bei diesen konnte der Tutor für den Pupillen das Wort führen und insoferne von sich sagen: *ago (dico) de inofficioso testamento* und zwar *pupilli nomine*, im Interesse des Pupillen. —

---

37) Nach Hartmann über die qu. i. S. 7 N. 2 weisen diese Wendungen auf die *legis actio*, beziehentlich ihren Wortlaut hin. Dem stehen aber die Aeusserungen Marcell's, das oben S. 20 sagte und die eben so stereotype Wendung *dicere falsum* oder *de falso testamento* im Wege. S. auch Puntschart die fundamentalen Rechtsverhältnisse S. 65 N. 1.

Dafür, dass der Tutor in klassischer Zeit wegen des Pflichtteilsanspruches seines Pupillen selbst die Inofficiositätsklage und zwar alieno nomine erheben könne, spricht nur die in l. 30 §. 1 und l. 22 ll. ll. vorkommende Wendung „pupilli nomine“ und die dieser Wendung regelmässig zukommende Bedeutung; dagegen spricht die Thatsache, dass diese Wendung auch sonst den Sinn des „pro pupillo“, im Interesse des Pupillen, in den Quellen hat; dagegen spricht ferner, dass bei der accusatio falsi, welche in beiden Fragmenten neben die querela inofficiosi gestellt wird, an ein solches Prozessiren alieno nomine nicht gedacht werden kann; dagegen spricht endlich Ulpian's apodiktischer Ausspruch in l. 123 pr. D. 50. 17 de r. i.

Das Gewicht der Gründe, welche gegen die Annahme, der Tutor stelle die Querel selbst tutorio nomine an, sprechen, scheint mir erdrückend zu sein; ich stehe daher nicht an zu behaupten, dass auch aus klassischer Zeit kein Zeugnis vorliegt, welches die von der herrschenden Lehre dem lege agere pro tutela gegebene Deutung bestätigt; denn wenn die klassische Zeit ein solches lege agere gekannt hätte, müssten wir es bei der querela inofficiosi testamenti, dem wichtigsten, vielleicht einzigen Falle der legis actio in klassischer Zeit, wiederfinden.

### §. 7.

#### Die postulatio suspecti tutoris.

Schon zuvor ist darauf hingewiesen worden, dass pro tutela agere keinen anderen Sinn sprachlich haben könne, als im Interesse der Tutel, d. h. im Interesse ihres Bestandes oder ihrer gedeihlichen Wirksamkeit klagen. Da nun weiter dargethan wurde, dass gegen die von der herrschenden Lehre in die Nachricht der Institutionen hineingelegte Erklärung, damit solle das Prozessiren des Tutors für den Pupillen gemeint sein, eine Reihe von Gründen spricht, erübrigt wohl nur anzunehmen, es habe sich das, was gesagt wurde, mit dem, was gesagt werden wollte, gedeckt und

die Institutionenverfasser hätten wirklich einen Fall vor Augen gehabt, in dem es sich um ein Prozessiren pro tutela handelte. Welcher dieser Fall war, kann nicht zweifelhaft sein. Es handelte sich um die postulatio suspecti tutoris. Diese Ansicht ist schon von Rudorff<sup>1)</sup> ausgesprochen worden und ihr hat sich Klenze<sup>2)</sup> angeschlossen. Die Möglichkeit und die hohe Wahrscheinlichkeit dieser Ansicht sind hier näher darzulegen. Dazu ist zunächst erforderlich, den Charakter dieses Rechtsmittels in der Zeit der Herrschaft der formulae festzustellen. Allerdings stammen unsere Nachrichten hierüber zum grössten Teile erst aus dem zweiten Jahrhunderte unserer Zeitrechnung und lassen schwerlich einen Rückschluss auf die frühere Zeit des Formularprozesses und die Legisactionen zu; immerhin darf angenommen werden, dass der Grundzug des Postulationsprozesses sich in allen Epochen gleich geblieben ist.

Der Postulationsprozess ist nach dem Zeugnisse der Pandektenjuristen ein Civilprozess, der durch magistratische cognitio extra ordinem erledigt wird. Dafür legt vollwichtiges Zeugnis ein, dass der geklagte Tutor durch einen defensor vertreten werden kann und dieser defensor auch cautio rati leisten muss<sup>3)</sup>. Das letztere insbesondere gibt der defensio den Charakter prokuratorischer Stellvertretung (l. 39 §. 7 D. 3. 3). Wohl hebt Ulpian in l. 3 §. 4 D. 26. 10 de susp. hervor, dass der Praetor auch ohne Kläger die Absetzung des Vormundes verfügen könne, aber er selbst sagt, dass es sich hier um etwas Exceptionelles handle, das favore pupillorum zugegeben werden müsse. Zuweilen tritt auch zur Remotion eine Kriminalstrafe hinzu, zu wel-

---

1) Recht der Vormundschaft III S. 188, röm. Rechtsgeschichte II S. 88.

2) Ztschrift f. geschicht. Rwschaft VI S. 48

3) L. 6 D. 46. 8 r. r. h.: *tutore suspecto postulato defensor si velit respondere, cautionem ratam rem dominum habiturum cavere compellendus est.* L. 39 §. 7 D. 3. 3 de pr. et def.: *... sed nec facile quis per procuratorem suspectus accusabitur, quoniam famae causa est . . . et rel.,* Vat. fragm. §. 340.



chem Zwecke der Removirte dem kompetenten Strafgerichte zu überweisen ist<sup>4)</sup>. Schon darin liegt, dass der Postulationsprozess kein Strafprozess ist. Auch ist kein Ausspruch überliefert, nach dem er auf etwas anderes, als höchstens auf Remotion und Infamia auslaufen könnte<sup>5)</sup>. Darum geht es nicht an, mit Pernice<sup>6)</sup> unseren Prozess in das Gebiet des Strafprozesses zu verweisen. Auch als blosses Administrativverfahren lässt er sich nicht charakterisiren<sup>7)</sup>.

Die Klage zielt auf ein magistratisches Dekret<sup>8)</sup>, durch welches die Absetzung (remotio) des Tutors ausgesprochen wird. Dieses Dekret scheidet sich begrifflich genau von dem Urtheile (sententia), durch welches der Magistrat nach Begehren des Klägers erkennt: *suspectum tutorem videri*, mögen sie auch zeitlich zusammenfallen und sprachlich zusammengeworfen<sup>9)</sup> werden. Für das Auseinanderfallen des Urteils über das Klagpetit und des Dekretes liefern Beweis

4) L. 1 §. 8, 1. 3 §. 15 D. h. t. 26. 10; 1. 1 §. 8 D. 1. 12 de o. p. u.

5) Allerdings legt das Wort *etiam* in l. 39 §. 7 D. 3. 3: *si suspectus tutor postuletur defensorem eius oportere etiam de rato cavere* (cf. Vat. fragm. §. 340), nahe, dass dieser defensor auch die cautio iudicatum solvi bestellen müsse, dass es sich also auch um Auseinandersetzung der Vormundschaftsansprüche bei der postulatio handelte, und diese Annahme findet eine Stütze in den Basiliken IX. 1. 38 (Heimbach Bas. I p. 378); aber beim Mangel weiterer Quellenzeugnisse kommt die Basilikenstelle schwerlich, die Digestenstelle schon darum nicht in Betracht, weil l. 6 D. 46. 8 nur von der cautio rati spricht. Das *etiam* in l. 39 §. 7 cit. muss nicht auf ein Mehreres verweisen, sondern kann auch blos zur Verknüpfung mit dem Vorgehenden dienen. S. aber Rümelin a. a. O. S. 40, 41.

6) Labeo I S. 185, II S. 296, in Festgabe für Beseler S. 54. Vgl. Bruns Zschft für Rgesch. III S. 404.

7) Wie Voigt Zwölf Tafeln II S. 427 will. S. dagegen und für die hier vertretene Anschauung Glück Erläuterungen XXXI S. 80 S. 93, Rudorff Recht der Vorm. III S. 203, Bethmann-Hollweg C. Pr. II S. 761.

8) L. 4 §. 1 — §. 3 D. h. t., 1. 1 §. 11 D. 48. 16 ad set. Turp.

9) Wie vielleicht in l. 4 §. 3 D. h. t., wo allerdings *sententia* auch blos die allgemeine Bedeutung von Ausspruch haben könnte.

die Thatsachen, dass trotz magistratischer Anerkennung, dass der Vormund suspekt sei, Remotion unterbleiben und an ihre Stelle Untersagung der Verwaltung <sup>10)</sup> oder Zugesellung eines Kurators <sup>11)</sup> treten kann, so wie dass, wenn dem Klagbegehren nicht stattgegeben wird, blos das Urtheil über Tadellosigkeit des Vormundes, aber kein Dekret erfolgt. Es wäre daher auch gedenkbar, dass Urtheil und Dekret auseinanderfallen, das Urtheil von einem Arbitrer gefällt und auf Grund solchen Urtheiles das Absetzungsdekret erlassen wird. In klassischer Zeit ist dies wahrscheinlich nicht vorgekommen, wenigstens fehlt jedes Zeugnis.

Die Klagbefugnis ist eine populare. Dies sagt Ulpian in l. 1 §. 6 D. h. t.:

*Consequens est, ut videamus, qui possunt suspectos postulare: et sciendum est quasi publicam esse hanc actionem, hoc est omnibus patere.*

Mit Recht hebt Rudorff <sup>12)</sup> hervor, dass die postulatio suspecti hiemit nur in Bezug auf die populare Klagbefugnis den iudicia publica gleichgestellt wird. Der Entwicklung, welche das Vormundschaftsrecht in der Kaiserzeit genommen, entspricht es, dass einzelnen Personen die Verpflichtung zur Postulation auferlegt ist, wie etwa den Contutoren und Liberten <sup>13)</sup>. — Ueber die Rechtsstellung des accusator suspecti geben die in §. 2 oben besprochenen Fragmente Aufschluss. In l. 20 pr. D. 49. 1 de app. sagt Modestin vom Postulanten aus, er handle alieno no-

---

10) Pernice Labeo II S. 296 hält dafür, dass ursprünglich dem Prätor gegen den Tutor nur der Zwang zur Niederlegung der Tutel und das Recht der Suspension zustand, aber das Remotionsrecht fehlte.

11) L. 4 §. 3, l. 9 D. h. t.; §. 2 J. h. t. l. 27.

12) A. a. O. III S. 181 N. 3. Vgl. Glück a. a. O. S. 80 fg. So wird auch in l. 30 §. 3 D. 12. 2 de iurei. die Popularklage als publica actio bezeichnet. — Allerdings ist auch der regelmässige Ausschluss der Frauen in unserem Prozesse (l. 1. §. 7 D. h. t.) dem Strafprozesse entlehnt.

13) L. 3 §. 1 D. h. t., l. 7 §. 13 §. 14 D. 26. 7 de adm. et per.

mine, in l. 1 §. 14 D. 49. 4 quando app. teilt Ulpian mit, dass der in erster Instanz sachfällige Kläger, weil er nicht in propria causa prozessierte, eine dreitägige Appellationsfrist habe, und zwar als *quasi pupilli defensor*. Beide Stellen ergänzen sich gegenseitig. Alieno nomine prozessiert auch, wie wir gesehen haben<sup>14)</sup>, wer auf Grund eigenen Rechtes für fremde Rechtsbeziehungen eintritt. Der accusator tritt kraft eigenen, durch die Rechtsordnung jedem Einzelnen eingeräumten Rechtes auf, aber auf Grund fremder Rechtsbeziehungen. Er hat materiell dieselbe Stellung wie ein Defensor, mag dieser nun Prozesspartei oder Beistand sein, insoferne sein Erfolg oder Misserfolg dem Pupillen zu Vorteil oder Nachteil gereicht, formell aber ist er Kläger aus eigenem Rechte, nicht bloß wie der Prokurator Prozesssubjekt, sondern auch Rechtssubjekt. Er ist Kläger aus eigenem Rechte aber im Interesse der Tutel, d. h. er prozessiert wahrhaft pro tutela.

Während dem Curanden das Postulationsrecht gegen den Kurator zusteht, ist es nach ausdrücklicher Nachricht dem impubes gegen seinen Tutor versagt. L. 7 pr. D h. t. von Ulpian sagt: *impuberibus quidem non permittitur suspectos facere*<sup>15)</sup>. Diese Bestimmung muss wohl mit Rücksicht darauf, dass sonst Prozesse zwischen Tutor und Pupillen durch Bestellung eines curator ad litem ermöglicht sind<sup>16)</sup>, auffallend erscheinen. Durch das Pietätsverhältnis zwischen Tutor und Pupillen allein lässt sich diese Erscheinung nicht erklären. Vielleicht wirkten hier historische Gründe mit und liessen die Klagunfähigkeit des Pupillen bestehen wie sie galt, als noch die Bestellung eines Curator oder Tutor ad litem für den Pupillen unmöglich war.

Der Postulationsprozess beruht für die hier in Frage

---

14) S. oben S. 18.

15) Deutlicher heisst es in §. 4 J h. t.: *impuberes non possunt tutores suos suspectos postulare*.

16) S. oben S. 34, 35.

kommende Zeit auf einer Klausel des *edictum perpetuum*.<sup>17)</sup> Ueber den Inhalt dieser Klausel ergeben die Quellen nichts. Es lässt sich daher auch nicht sagen, ob der Prätor die Untersuchung auf Grund der Klage oder die Remotion des suspekt befundenen Tutors oder Beides verhiess. Die Untersuchung gehörte gewissermassen zu seiner *iurisdictio*,<sup>18)</sup> die Absetzung aber war ein Akt des *imperium*.<sup>19)</sup> Die ganze *cognitio* steht dem Prätor und dem Präses provinciae kraft ihres Amtes zu, sie gehört zu dem sogenannten *imperium mixtum cum iurisdictione*.

Die Gestalt der Sache vor dem *edictum perpetuum* lässt sich aus unseren Quellen direkt nicht feststellen; die einzige Nachricht, die wir besitzen, beleuchtet nur den Ursprung des Rechtsmittels, über seine Gestaltung erfahren wir nichts. Ulpian teilt in l. 1 §. 2 D h. t. (cf. pr. J h. t.) mit: *sciendum est suspecti crimen e lege duodecim tabularum descendere*. Das Wort *crimen* kann hier gewiss nicht die Bedeutung Criminalvergehen haben, sondern ist gleichbedeutend mit: *accusatio (criminatio)*.<sup>20)</sup> Wir erfahren also, dass die Klage gegen einen suspekten Tutor bereits durch die zwölf Tafeln ermöglicht war. Die Zwölfafelbestimmungen bezogen sich gewiss nur auf die *tutela impuberum*, die Ausdehnung auf die *curatio* ist erst in späterer Zeit eingetreten.<sup>21)</sup> Es ist völlig unmöglich, auch nur annähernd

17) L 1 pr. D h. t.: *haec clausula et frequens et pernecessaria est*. Vgl. Lenel das ed. perp. S. 255.

18) Bethmann-Hollweg C. Pr. II S. 93, 94, 761.

19) Darum konnte Zweifel entstehen, ob das Generalmandat der Jurisdiction auch die *suspecti cognitio*, welche von der Befugnis zur Remotion nicht geschieden werden sollte, umfasse; prinzipiell gehörte das volle *imperium* nicht zur *iurisdictio mandata* (Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 101), und nur *favore pupillorum* ist durch eine Konstitution von Severus und Antoninus verfügt, dass sie zur *suspecti cognitio* berechtige (l. 4 pr. D 1. 21 de o. e., l. 1 §. 4 D. h. t.) Vgl. Hartmann-Ubbelohde a. a. O. S. 503 N. 34.

20) S. Dirksen vb. *crimen*, Glück a. a. O.

21) Voigt a. a. O. S. 426 N. 2. Für die *tutela mulierum* galt sie gewiss nie.

Sicheres über das, was in dem Zwölftafelgesetze über unseren Prozess verfügt wurde, festzustellen, aber die Grenzen lassen sich abstecken, innerhalb deren sich diese Bestimmungen und die auf sie aufgebaute Entwicklung bis zum edictum perpetuum bewegten und zwar auf Grund unserer Kenntniss der älteren römischen Auffassung der Tutel.

Es liegt eine tiefe Kluft zwischen der Auffassung des Wesens und der Bedeutung der Tutel nach altem ius civile und nach dem Rechte der Kaiserzeit.<sup>22)</sup> Dem alten Civilrechte ist die Tutel zunächst eine Macht und ein Recht, der klassischen Zeit aber eine Last und eine Pflicht.<sup>23)</sup> Die Auffassung der alten Zeit findet nicht blos ihren Ausdruck in der bekannten Definition des Servius,<sup>24)</sup> sondern auch bei Sabinus noch einen Nachhall. Sabinus stellt nach Gellius n. a. V. 13 §. 5 (oben S. 44) als officia nebeneinander: die Tutel, die Klientel, die Gastfreundschaft, die Verwandtschaft, die Schwägerschaft, also Verhältnisse, die keine rechtliche Verpflichtung erzeugen. Hier leuchtet noch die Auffassung der Alten durch, nach welcher auch bei der Tutel, wie in den anderen Verhältnissen, die Pflichten noch nicht Rechtspflichten, sondern nur sittliche Pflichten waren, nicht unter der Herrschaft des ius, sondern der fides standen.<sup>25)</sup>

Für die juristische Betrachtung bietet die Tutel älteren Schlages nur eine Seite dar: die des Rechtes, der Macht, der potestas des Tutors über den Pupillen,<sup>26)</sup> ge-

22) Vgl. zum folgenden: Rudorff, Recht der Vormundschaft I. S. 8, Voigt zwölf Tafeln II S. 403 f., Kuntze Excursus S. 448, Pernice Labco I S. 184 f., Wlassak z. Gesch. d. neg. g. S. 104 und die dort citirten.

23) Etwa l. 1 §. 3. D. 50. 4. de mun., pr. J. 1. 17. de l. p. t.

24) L. 1 pr. D. 26. 1 de tut: *tutela est, ut Servius definit, vis ac potestas in capite libero ad tuendum eum qui propter aetatem sua sponte se defendere nequit iure civili data ac concessa*. Vgl. auch Plautus Truc. v. 859: *qui tutorem meo optavit suis bonis*, auch Aulul. v. 430.

25) Vgl. auch Gellius eod. §. 4, Brinz Pand. (1. Aufl.) II S. 1315, 1316.

26) Drbr. Ihering Geist II S. 296 f., S. 462 f., III S. 194 f.

radeso wie die *patria potestas* und das *dominium* über den Sklaven ihrem Namen und ihrem Wesen nach nur das Recht sind, das dem Gewalthaber über Haussohn und Sklaven zusteht. Alle drei Rechte sind nach älterer römischer Auffassung reine Privatrechte. Der Pflichtenkreis, in den der Vormund, Vater und Herr treten, liegt zunächst ausserhalb des Rechtes, und wird erst allmählig und schrittweise für die beiden letzteren in das Rechtsgebiet gerückt, während allerdings für die Tutel unter dem Einflusse der rechtsbildenden Faktoren in der Kaiserzeit die Pflichten in den Vordergrund traten.

Dabei zeigen die hausherrliche und vormundschaftliche Gewalt wesentliche Gegensätze. Die hausherrlichen Gewalten ergreifen die ganze Person des Unterworfenen, machen ihn zum *alieno iuri subiectus* und sind Herrschaftsrechte nur um des Berechtigten willen; die vormundschaftliche Gewalt lässt das *sui iuris esse* bestehen und ist primär um des Pupillen willen da.<sup>27)</sup> So gehen Intensität<sup>28)</sup> und Ziel beider Gewalten auseinander. Darin liegt wohl auch der Grund, dass dem alten Rechte eine Verwirkung

---

27) Wenn Ulpian in l. 1 pr. D. 26. 4 d. t. l. die Berufung der Agnaten zur Tutel damit motivirt, dass sie als nächste Erben an der Erhaltung des Vermögens interessirt sind, so gibt er einen Grund für die Berufung dieser Personen, nicht aber für die Einsetzung der Tutel an. Beweis dessen, dass die testamentarische Tutel immer vorgeht, sowie die Definition des Servius.

28) Drbr. Scheuerl Beiträge II S. 2, 3, der insbesondere das Verhältnis zwischen *dominium* und *ius in re* mit dem Verhältnisse zwischen *patria potestas* und *tutela* vergleicht (s. auch Pernice Labeo I S. 184). Die Tutel findet auch ihr Analogon in der Magistratur. Cicero ad Quirites V §. 11: *respublica fidem consulis tamquam tutoris legitimi implorabat*.

29) Wol verfügten die zwölf Tafeln: *si pater filium ter venunduit, filius a patre liber esto* (Gaius I §. 132), und diese Verfügung kehrt sich gegen Missbrauch der *patria potestas*. Aber die Verwirkung in diesem Falle setzt einen so krassen Missbrauch der väterlichen Gewalt voraus, dass sie die Regel der Unentziehbarkeit kaum tangirt. Ihering a. a. O. II S. 184.

oder Entziehung der patria potestas<sup>30)</sup> und des dominium servi fremd sind, während im Interesse des Pupillen schon durch die zwölf Tafeln die Möglichkeit geschaffen war, dem Tutor seine potestas zu entziehen. Auch von juristischer Verantwortlichkeit für die Ausübung der Hausgewalten ist in der Zeit der Republik keine Rede,<sup>30)</sup> während der Tutor wenigstens nach dem Rechte der actio de rationibus distrahendis von altersher haftbar war. Schon zur Legisaktionszeit gab es also Mittel, der dem Pupillen nachteiligen Waltung des Tutors Einhalt zu thun und wegen doloser Beeinträchtigung des Mündelvermögens Ersatz und Strafe zu erlangen.

Was die Entziehung der Vormundschaft betrifft, so hat dieselbe zur Legisaktionszeit einen wesentlich anderen juristischen Charakter als nach dem Rechte des edictum perpetuum. Der altcivile Tutor missbraucht sein Privatrecht, wenn er zum Nachteile des Pupillen handelt, der Tutor der Kaiserzeit verletzt seine Pflicht; jenem muss sein Recht entzogen, gewissermassen expropriirt werden, dieser wird eines Amtes und einer Pflicht entsetzt.

Die Expropriation ist ein dem älteren römischen Rechte völlig fremdes Institut; es stand mit fundamentalen Anschauungen der alten Römer in Widerspruch, Jemand ein wohl erworbenes Recht zu entziehen.<sup>31)</sup> Es lässt sich darnach

---

30) Vgl. etwa Baron Institutionen S. 33, S. 46. — Ihering Geist II §. 32 hebt mit Recht hervor, dass die abstrakte juristische Formulirung der Gewaltrechte keineswegs massgebend ist für die praktische Gestaltung derselben.

31) S. drbr. die überzeugenden Ausführungen von Ihering Geist II S. 71 f. (4. Aufl.). Die Expropriation ist kein Institut des alten Rechtes, sondern wird nur in Fällen äusserster Not durch einen besonderen Rechtssatz als etwas Ausserordentliches angeordnet. Kraft allgemeiner Norm kommt sie nur bei der patria potestas und der tutela vor. In beiden Fällen liegt allerdings keine Enteignung im modernen Sinne vor; nicht blos weil keine entgeltliche Abtretung herbeigeführt wird, sondern auch weil das unmittelbare allgemeine Interesse fehlt. Die Entziehung der Tutel ist aber keine

ermessen, wie einschneidend die von den zwölf Tafeln in Bezug auf den ungetreuen Tutor getroffene Verfügung war. Sie ging geradezu auf Entziehung eines zustehenden Privatrechtes.<sup>32)</sup> Ist es wol denkbar, dass schon durch die zwölf Tafeln eine so exceptionelle und gewalthätige Massnahme der arbiträren Willkür des Magistrates überlassen wurde, dass das Gesetz dem Magistrate gestattete, die nach seiner eigenen Ordnung erworbene privatrechtliche Macht zu entziehen? Eine solche Annahme scheint mir mit altehrwürdigen Grundsätzen des römischen Rechtes in Widerspruch zu stehen. Viel eher müssen wir annehmen, dass ein solcher Enteignungsspruch von der höchsten richterlichen Autorität im Staate ausging. In ältester Zeit mochte die Volksversammlung allein befugt gewesen sein, die Absetzung eines ungetreuen tutor pupilli auszusprechen. In der Zeit nach den zwölf Tafeln lässt sich nur an ein gerichtliches Verfahren denken, das seinen Abschluss vor einem Volksgerichte fand, etwa vor den Centumviri, deren Kompetenz in Tutelsachen noch Cicero<sup>33)</sup> bezeugt. Doch könnte auch an die decem-

Verwirkung, wie der Verlust der patria potestas in Folge dreimaligen Verkaufes; denn hier trat der Verlust ipso iure, dort erst nach und durch Richterspruch ein. Darum möchte ich hier die Enteignung als den nach den obigen Einschränkungen passendsten Ausdruck beibehalten. — Vgl. auch Grünhut das Enteignungsrecht S. 18 f., Randa Eigentumsrecht S. 130 N. 4.

32) Dass auch die Zeit der Legisaktionen die Massregel der Absetzung des Vormundes als etwas Exceptionelles ansah, ergibt sich daraus, dass dem wahnsinnig gewordenen, sowie dem abwesenden Tutor (l. 17. D. 26. 1. de tut.) die Tutel nicht entzogen wurde, obwol von Beiden eine gedeihliche defensio des Pupillen nicht zu erwarten war. Wäre die Entfernung eines dem Pupillen gefährlichen Tutors blos Sache magistratischer Kognition gewesen, dann hätte gewiss die Praxis bald auch die Entfernung eines wahnsinnig gewordenen oder abwesenden Tutors erzwungen, statt dass dies erst, wie l. 17 cit. ausführt, durch Senatuskonsulte verfügt worden wäre. So aber handelte es sich um ein Privatrecht, dessen Entziehung nur vom Richter in den vom Gesetze bestimmten Fällen ausgesprochen werden konnte. S. dazu Pernice oben N. 10.

33) Cicero de orat. I. 38 §. 173: *in causis centumviralibus, in*



viri stitibus iudicandis gedacht werden. Ist diese Annahme richtig, dann ist die Form des Verfahrens von selbst gegeben. Es wurde durch legis actio sacramento eingeleitet, wie die vindicatio in libertatem und zwar mochte die Behauptung auf suspectum esse und removendum esse gerichtet worden sein. Erkannte das Gericht das sacramentum des Klägers für iustum, so war durch das Urteil dem Tutor sein Reeht, seine potestas entzogen, wie später von den Centumviri das inofficiose Testament kassirt wurde.<sup>34)</sup>

In klassischer Zeit war die Befugnis zur postulatio eine populare. Nichts spricht dafür, dass dies erst auf einer Satzung des praetorischen Rechtes beruhte; die Analogie der athenischen *εἰσαγγελία κακώσεως ὀρφανοῦ*<sup>35)</sup> und die Analogie der anderen Fälle der Wahrung fremder Interessen auf dem Prozesswege (§. 1 oben) sprechen dagegen. Der Pupille selbst war nicht selbständig gerichtsstandsfähig, die

---

*quibus . . . tutelarum iura . . . . . versentur.* Vgl. Bethmann-Hollweg in der Zschrft. f. gesch. Rwschft. V S. 372, der allerdings nur die incidente Behandlung der iura tutelarum in Vindications- und Erbschaftsprozessen für möglich hält (s. auch Chénon le tribunal des Centumvirs S. 53). Soll sich aber die Aeusserung Cicero's auf eine selbständige Tutelklage beziehen, so bleibt neben unserer Klage nur die vindicatio tutelae, da die actio tutelae als prätorische Klage nicht hiehergezogen werden kann, und die actio de rationibus distrahendis schwerlich vor den Centumviri verhandelt wurde.

34) So bildet unser Prozess ein Gegenstück zur vindicatio tutelae. Man darf sich aber für den Bestand der letzteren nicht mit Voigt zwölf Tafeln II S. 413 auf die griechische Institutionenparafrase zu pr. J. 4. 10 berufen, wie oben §. 2 gezeigt wurde. Vgl. auch Scheuerl Beiträge II S. 1 f.

35) Drbr. s. Schulthess die Vormundschaft im attischen Rechte S. 191—206. Dass diese attische Klage eine reine Kriminalklage war, ist schwerlich anzunehmen; dass sie auf Strafzahlung und Atimie auslief, schliesst sie, wenigstens nach römischer Anschauung, nicht von den actiones privatae aus. Ueber die Popularität dieser *εἰσαγγελία* s. Harpokration (bei Schulthess S. 193) . . . . . ὅτι δὲ ἐξῆν καὶ παντὶ τῷ βουλομένῳ γράφεσθαι κακώσεως.

Bestellung eines tutor oder curator ad litem ist der Zeit vor der *lex Atilia* völlig fremd, so dass nur die Klage eines Fremden dem durch die Gebahrung des Tutors gefährdeten Pupillen helfen konnte. Bei so bewandten Umständen war es das natürlichste und einfachste, jedem römischen Bürger die Legitimation zur Klage zu erteilen und eine solche Bestimmung werden schon die zwölf Tafeln enthalten haben.

Die Stellung des Postulanten ist im grossen Ganzen analog der Stellung des Vindikanten in *libertatem*. Der Postulant und der vindex erlegen das *sacramentum*, das sie eventuell verlieren; das günstige Urteil wirkt nicht für sie, sondern für Dritte; in unserem Falle bewirkt es die Entziehung der Tutel und den Eintritt des nächsten Agnaten. Wie der vindex dann pro *libertate* prozessirt, so der Postulant pro *tutela*.

Was die materielle Grundlage unserer Klage zur Zeit der Legisaktionen betrifft, so darf wol aus der Thatsache, dass darüber nichts Ausdrückliches überliefert ist, geschlossen werden, dass die zwölf Tafeln darüber nichts Abschliessendes bestimmt haben. Da das augenscheinliche Zögern der späteren Zeit, wegen nicht doloser Handlungen oder Unterlassungen die *accusatio* zuzulassen,<sup>36)</sup> gewiss dahin gedeutet werden darf, dass es eine Zeit gab, in der nur doloses Vorgehen des Tutors zur Klage befugte, so muss dies insbesondere für die Legisaktionszeit behauptet werden. Schwerlich aber war die Klage nur bei dolosem Handeln zulässig, so dass dolose Unterlassungen ausser Anschlag geblieben wären.<sup>37)</sup>

---

36) L. 3 §. 17, l. 7 §. 1 D. h. t.; Pernice *Labo* II S. 297.

37) Dass ursprünglich nur positives doloses Handeln zur *postulatio suspecti tutoris* berechnete, nimmt Wlassak a. a. O. S. 109 mit Berufung auf §. 3 J. h. t., l. 4 §. 4 D. h. t. und l. 5 §. 2 D. 26. 7 de adm. an. Diese Stellen legen allerdings die Deutung nahe, dass der Vormund in alter Zeit wegen blossen Nichtthuns oder Nichtsthuns nicht postulirt werden konnte; aber sollte dem Pupillen nicht geholfen worden sein, wenn der Tutor dolos etwa den Acker des *pupillus infans* unbestellt liess?

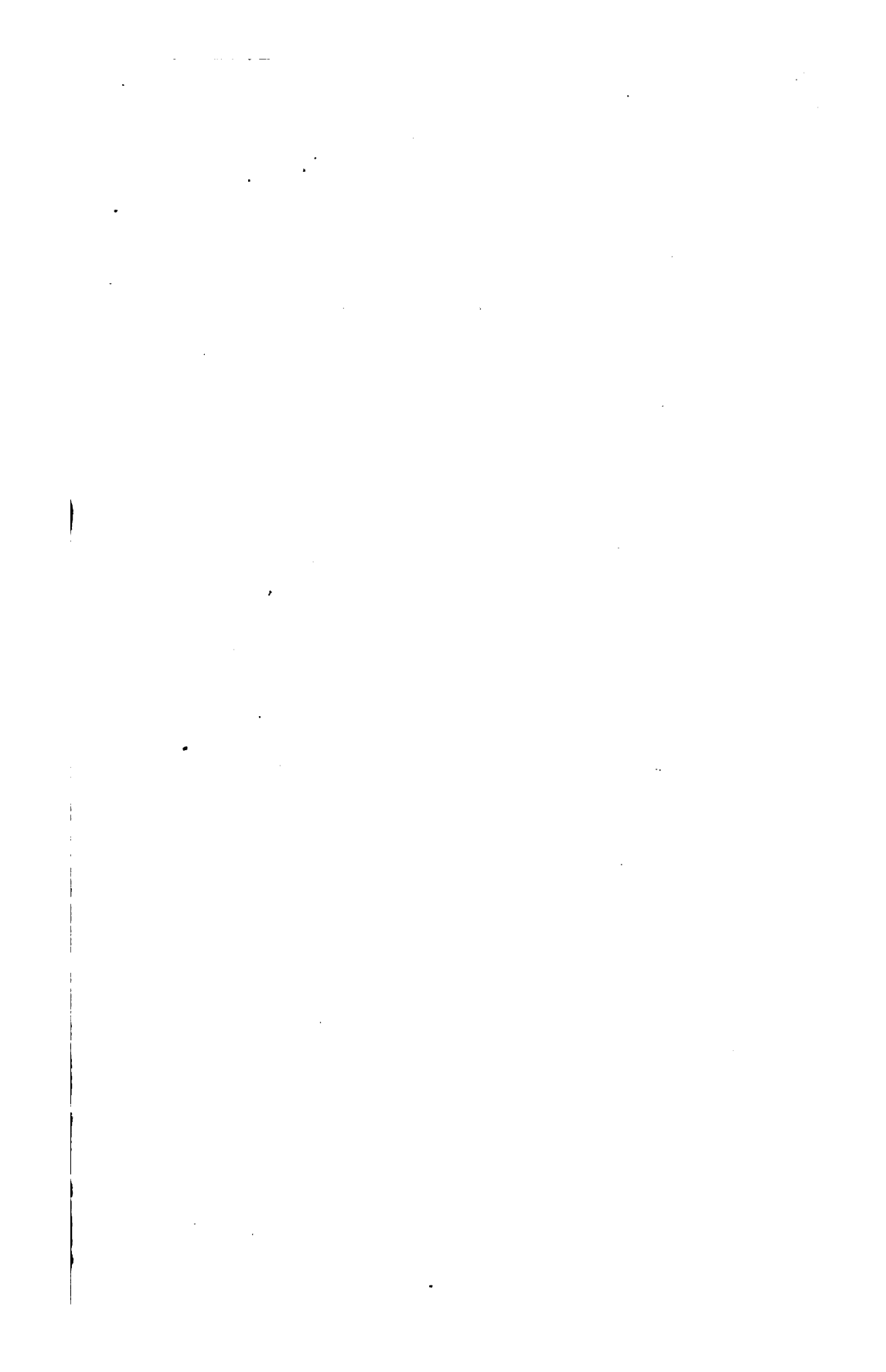
Wie und wann die postulatio suspecti dem ordentlichen Verfahren entzogen und der magistratischen Kognition zugewiesen wurde, lässt sich nicht feststellen. Als wahrscheinlich muss es aber bezeichnet werden, dass es eine Zeit gab, in der die Entscheidung über das Klagpetit einem ernannten Richter übertragen und nur die Entscheidung über die Remotion dem Magistrat vorbehalten war. Einen ähnlichen Gang nahm der Freiheitsprozess. Noch zu Ciceros Zeit<sup>38)</sup> gehört er vor die decemviri stlitibus iudicandis, dann wird er einem iudex überwiesen und in klassischer Zeit unterliegt er immer amtlicher Kognition.<sup>39)</sup> In Vormundschaftsachen mochte man viel schneller zu diesem Ziele gelangt sein, weil die Idee der staatlichen Obervormundschaft, die sich schon im Beginne der Kaiserzeit entfaltete, das Ueberwiegen der amtlichen Kognition förderte.

---

38) Keller C. Pr. §. 5.

39) Bethmann-Hollweg C. Pr. II S. 766 N. 54, Pernice in der Festgabe für Beseler S. 64, S. 65.





In demselben Verlag erschien ferner:

**Die Lehre vom uneigentlichen Niessbrauch**

nach gemeinem Recht

von

**Dr. G. Hanausek.**

gr. 8. 1879. VII u. 186 S. Mk. 3.—.

---

**Beiträge zur Geschichte des römischen Erbrechts**

von

**Prof. Dr. Ed. Hoelder.**

gr. 8. 1881. VIII u. 163 S. Mk. 3.50.

---

**Zur Lehre**

von der

**Novation nach österreichischem und gemeinem Recht**

von

**Prof. Dr. E. Hruza.**

gr. 8. 1881. VI u. 178 S. Mk. 4.—.

---

Der

**strafrechtliche Nothstand**

von

**Dr. Karl Janka.**

gr. 8. 1878. VIII u. 264 S. Mk. 4.—.

---

**Privatrechtliche Abhandlungen.**

Die Eigentumsklage. Unredlicher Besitz. Die Erbschaftsklage.

Von

**Dr. Emil Pfersche.**

gr. 8. 1886. 390 S. Mk. 6.—.

---

W e i t e r e

**Beiträge zur Bearbeitung des römischen Rechts**

von

**Prof. Dr. A. von Scheurl.**

1. Heft: Teilbarkeit als Eigenschaft von Rechten. gr. 8. 1884. 118 S. Mk. 2.—. — 2. Heft: Zur Lehre vom römischen Besitzrecht. gr. 8. 1886. 183 S. Mk. 4.—.

---

**Grundlagen einer Geschichte der römischen possessio**

von

**Dr. Carl J. Seitz.**

gr. 8. 1884. XXX u. 288 S. Mk. 6.—.

---









